

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

PARTVS ANCILLAE

Thèse pour le Doctorat

présentée et soutenue le 14 Mars 1929, à 13 heures

PAR

VSEVOLOD BASANOFF

JURY

Président : M. Paul COLLINET, Professeur.

Suffragants { M. GIFFARD, Professeur.
M. PERROT, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

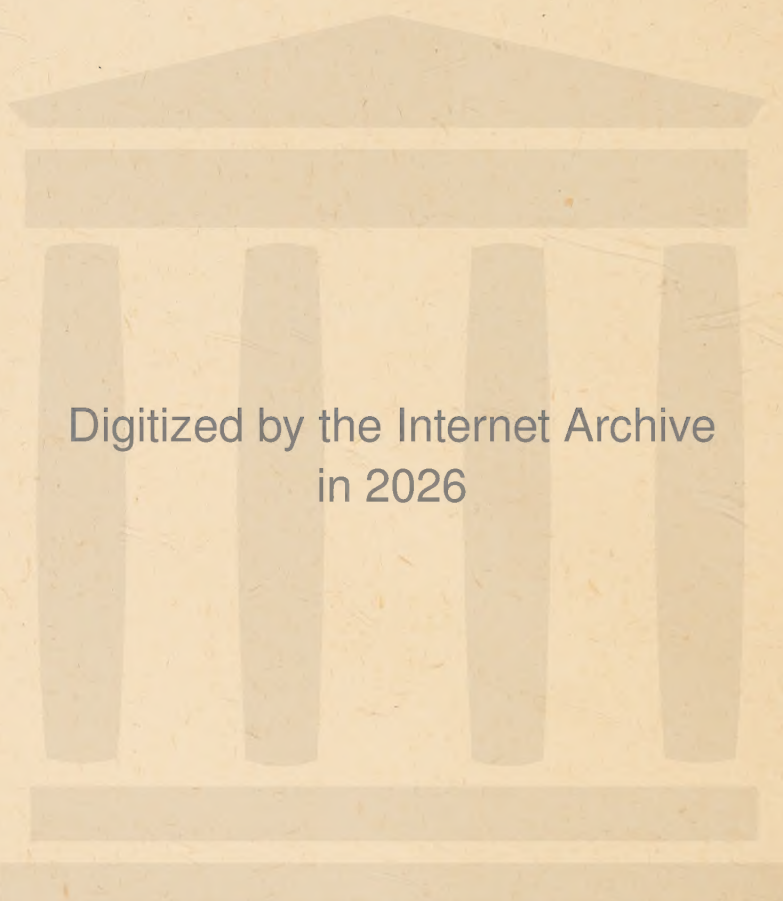
RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot

PARIS (V^e)

PARTUS ANCILLAE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551824_0006

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

PARTVS ANCILLAE

Thèse pour le Doctorat

présentée et soutenue le 14 Mars 1929, à 13 heures

PAR

VSEVOLOD BASANOFF

JURY

<i>Président :</i>	M. Paul COLLINET, Professeur.
<i>Suffragants</i> {	M. GIFFARD, Professeur.
	M. PERROT, Professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot
PARIS (V^e)

*La Faculté n'entend donner ni approbation,
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.*



A mon Père

PRÉFACE

L'Etude que j'ai faite sur le *partus ancillae* est consacrée à l'historique de l'ensemble des problèmes qui y sont liés. Je me suis proposé d'étudier cet ensemble principalement à la période classique. Les textes les plus importants sont d'Ulpien. L'œuvre de ce jurisconsulte est le sujet principal de mon étude. Ce n'est pas par hasard que je m'intéresse surtout à Ulpien. C'est l'homme peut-être le plus intéressant et le plus caractéristique de son époque. Non pas parce qu'il était le plus éminent jurisconsulte — Paul n'était pas moins éminent, Papinien le dépassait, paraît-il. Cependant, la figure d'Ulpien n'est pas suffisamment éclairée justement comme une figure de la période classique et on ne tire pas les conséquences de ce fait que le plus grand nombre des fragments au Digeste soit de lui. Je m'excuse d'avance si quelques-unes de ces conclusions sembleront trop hardies. J'essaye d'appliquer des méthodes critiques sévères avant de me prononcer. Cependant, je veux éviter aussi l'autre danger, l'hypercriticisme qui affaiblit trop souvent la force de la et des idées économiques ; et la pensée juridique reflète par-pensée scientifique moderne.

Le *partus ancillae* est un point d'entrecroisement des idées philosophiques qui touchent à la conception religieuse même, et des idées économiques ; et la pensée juridique reflète par-

fois l'action et la réaction de la conscience humaine sur ces facteurs divers. Notre sujet touche donc à la fois aux différents aspects de la vie humaine, et nous tâchons de les réintégrer dans la perspective historique.

Ce n'est pas à moi de juger mon propre effort.

Je saisis cette occasion pour exprimer ma sincère reconnaissance à M. Thomas Whittemore, Professeur de l'Université de New-York, qui a subvenu aux frais d'édition de cet ouvrage. Ce n'est pas la première fois que la généreuse activité du savant d'outre-Atlantique aura encouragé des initiatives scientifiques.

INTRODUCTION

§ 1

OBSERVATIONS THEORIQUES

Conception de l'étude historique. Quelques observations sur la théorie générale de l'histoire. La théorie générale et la méthodologie par rapport à la connaissance historique. L'étude historique et son triple objet.

L'étude historique d'un phénomène tend à découvrir les traits propres à l'époque au sein de laquelle ce phénomène prend son origine et se développe. L'historien devra répondre à deux questions : QUAND et COMMENT ce phénomène s'est-il produit. Il va de la sorte réintégrer le phénomène dans son milieu. Il sera obligé, par conséquent, d'établir la place occupée par l'objet de son étude dans le devenir historique.

Quels sont les facteurs qui le déterminent ? C'est une question qui est résolue de façon différente par chaque historien qui aborde son étude. C'est la théorie générale de l'histoire. Qu'elle soit subconsciente ou consciente elle existe toujours. Le plus souvent elle n'est pas bien pensée. Conçoit-on le processus historique comme une chaîne continue des événements qui se produisent par hasard, ou du fait

d'un personnage quelconque nous sommes devant la conception qu'on pourrait définir comme celle du réalisme naïf : la guerre a éclaté parce que tel roi a pris froid et était tel matin de mauvaise humeur. Plusieurs passages des historiens de l'antiquité manifestent cette conception.

Conçoit-on le processus historique comme la résultante « des lois historiques » où le rôle de la personnalité humaine est effacée, nous voici en face de la conception « métaphysique » de l'histoire. Renforcée par des idées rationalistes et matérialistes, par des études de statistique qui envisagent les masses et « l'homme moyen », elle a remplacé le réalisme naïf pour être remplacée à son tour par le réalisme critique. On peut appeler de la sorte cette conception de l'histoire qui considère la personnalité humaine comme l'agent réel du processus historique, mais qui en même temps tient compte de tendances que l'esprit humain moderne est enclin à appeler « les lois ».

Alors l'esprit humain devient l'objet de l'étude. Et si on entreprend l'étude d'un phénomène historique on l'envisage ou plutôt on devrait l'envisager comme l'expression, comme la manifestation de cet esprit. On examine dès lors la vie de l'esprit humain à travers les monuments que celui-ci a créés autrefois. Soit des textes littéraires ou épigraphiques, soit des œuvres d'art, soit des débris archéologiques, tous ces monuments deviennent des sources de notre connaissance de la vie humaine d'autrefois.

Cependant si l'étude historique tâche de découvrir les traits individuels de l'époque (ou du phénomène étudié) elle est basée en même temps sur la conscience du lien qui les unit toutes, non seulement en tant qu'elles appartiennent à la même

durée, mais aussi dans le sens de leur interpénétration mutuelle.

Une erreur fréquente s'ensuit, dans notre science de l'histoire de droit romain comme dans les autres branches de science historique. Quand un savant historien a sous les yeux un texte, il l'interprète, parfois, comme si c'était lui-même qui l'avait écrit. Alors la méthode de l'investigation historique si perfectionnée qu'elle soit ne nous amènera pas à la compréhension historique. Afin d'y arriver il ne suffit pas d'envisager le texte sans parti pris : il faut faire appel à notre capacité de sympathiser avec la vie. Alors nous pourrons passer de ses manifestations extérieures jusqu'aux sources réelles du devenir. C'est ce qu'on peut appeler le sentiment historique (1).

Sous ce rapport l'histoire de droit romain a subi des influences particulières. Sa situation était difficile. La cause en est dans l'actualité de ce droit — nous faisons allusion à sa « réception », ce qui déterminait les juristes à envisager des problèmes purement pratiques. Les sentences obliérées depuis deux mille ans renaissaient à la vie et devenaient comme autant de décisions prononcées *ad hoc*. Plus grande était l'autorité qu'on attribuait aux sentences des jurisconsultes romains, plus il semblait naturel de replacer leur pensée dans une ambiance spirituelle semblable à celle du *xix^e* siècle. C'est bien cette époque que nous avons principalement en vue, puisqu'elle est celle de développement florissant de notre discipline sous l'influence de l'école dite histo-

(1) V. plus bas, § 5.

rique. Et c'était justement l'époque où la conception « métaphysique » du milieu comme facteur déterminant l'activité d'une personnalité et des lois historiques effaçait à peu près cette personnalité envisagée alors comme le produit de ce milieu et des circonstances.

Cependant, dès lors il existe une tendance qui se dégage de plus en plus dans les écoles romanistes modernes, — la tendance à accentuer le rôle de l'individualité. La méthode a influencé ici la théorie. En effet, il semble que la critique et l'analyse de textes eux-mêmes, en liaison avec l'étude approfondie des interpolations, aient fait porter plus d'attention à l'œuvre individuelle des jurisconsultes romains. L'empreinte de l'individualité dans le style des textes est mise au jour. Ce fait coopère bien au profit de la tendance relevée. Le *ALTER UND FOLGE* de Fitting, les *ROMS JURISTEN* de Kalb, les traités consacrés à tel jurisconsulte comme *LABEO* d'Alfred Pernice ou *PAPINIANO* de Costa, les études consacrées aux professeurs de Beyrouth par M. Paul Collinet sont la manifestation de cette tendance.

Mais la survivance de conception qui a précédé celle du réalisme critique existe. Les expressions, *l'opinion de Julien*, ou *d'après Labeon*, peuvent être souvent remplacées facilement par d'autres : *au temps de Julien* ou *au temps de Labeon*. Je ne cite ici que deux exemples dans ce sens :

1° M. Girard (Manuel p. 1009, note 2) à propos du texte de Tryphoninus dont il restreint la portée en invoquant des considérations spéciales. L'usage de l'onomastique romaine pris en considération, il est très probable que Claudius Tryphoninus était provincial d'origine, surtout si on fait attention

à ce que Septime Sévère après son avènement voyait d'un œil favorable les originaires de Syrie et de l'Afrique. N'était-ce le même Claudius Tryphoninus, gouverneur de Syrie à qui s'adresse la constitution de l'an 213 (C. 1. 9) (1). Or, les idées juridiques concernant les régimes matrimoniaux subissent l'empreinte nationale la plus tenace et la plus accentuée (2).

2° M. de Visscher (*La condictio*, p. 135) cite Ulpien et passe du fragment de ce jurisconsulte à la conclusion : « le germe de l'idée byzantine se trouvait chez LES JURISCONSULTES CLASSIQUES » : la généralisation ne me semble pas admissible. Ce serait une *ignoratio elenchi* toute claire. Ce qui est caractéristique pour Ulpien est étendu aux jurisconsultes classiques en général (3). Je n'insisterai pas là-dessus. D'autres exemples ne sont pas nécessaires, il n'est pas difficile d'en trouver plusieurs. Ce qui est frappant c'est que nous en ayons trouvé un dans l'ouvrage à la fois fin et profond de M. de Visscher. Ce n'est pas le défaut de l'interprétation — c'est la faute d'attention signalée qui est la conséquence directe non pas du défaut de la méthode de recherches historiques mais de la théorie générale de l'histoire.

Dans une science développée c'est une théorie générale qui détermine la méthode, mais dans le développement historique de la science historique s'accuse plutôt l'inverse. La méthode, comme nous l'avons mentionné plus haut, a exercé une in-

(1) Cf. le passage des *Script. Hist. Aug.* « *Pescennius Niger* », plus bas, § 8.

(2) Cf. l'édit du préfet d'Égypte Tibère Alexandre (Girard, *Textes*, 474-476), cité dans la note 1 eod.

(3) Cf. plus bas conclusion.

fluence sur sa théorie. Et, puisque la méthodologie attire toujours plus l'attention, puisqu'elle est liée plus étroitement avec la matière travaillée, une confusion se fait jour de la théorie et de la méthodologie, et cela plus souvent qu'on ne le pense.

Il existe une idée, exprimée parfois par tel ou tel éminent savant, que la méthode historique est, par excellence, une méthode objective ou, du moins, elle le serait si elle était maniée par un savant *in abstracto* qui n'existe pas ; elle conduirait, selon cette opinion, à la vérité si les instruments employés et si l'homme qui s'en sert étaient parfaits. On devrait ajouter, croyons-nous : « si cet homme parfait faisait face aux textes des auteurs *in abstracto* dépourvus d'accent d'individualité. » Et dans ce cas les recherches historiques seraient superflues. Le milieu autant qu'il serait éclairé ne nous expliquerait pas d'une façon adéquate la réalité du devenir historique. Ce n'est qu'un élément ou plutôt une agglomération d'éléments qui a tendance à déterminer, mais qui ne détermine pas d'une façon absolue la vertu créatrice de l'homme.

Il importe de ce point de vue, de nous arrêter à l'idée du « développement graduel et continu du droit » conçu comme un processus ininterrompu de l'adaptation des rapports intrinsèques du droit aux rapports extérieurs de la vie. Il n'existe pas à notre avis d'évolution ininterrompue — le processus historique ne se développe pas continuellement, mais par à-coups. Et si en réalité il n'existe que ces chocs, l'illusion de continuité frappe notre esprit en tant que celui-ci est lié à la vie des autres. Or, l'individualité de l'homme est caractérisée par ce qu'elle est capable non seulement de contact avec les individualités co-existantes (dans la durée comme

dans un moment donné) mais d'interpénétration mutuelle. Expliquons-nous.

Dans la science historique du droit les textes juridiques ont une importance capitale comme les sources de son étude. Il arrive bien souvent qu'on considère les règles juridiques contenues dans ces textes comme autant de données réelles du devenir historique. Mais qu'est-ce que la règle en tant qu'elle est formulée par un jurisconsulte ? Elle est en réalité l'expression de sa vie psychique dans les catégories du droit. Le milieu ne joue d'autre rôle que de fournir les matériaux qu'il travaille en s'exprimant — dans l'espèce ce seront les catégories juridiques. Le milieu ne nous expliquera pas comment le choc créateur s'est fait. Dans ce sens, l'idée que nous tâchons de rendre d'une façon plus ou moins exacte est exprimée d'une façon adéquate par un verset de Saint Jean. « L'esprit souffle où il veut et personne ne sait d'où il vient où il va. » Cette observation théorique est importante dans ce sens qu'elle indique la limite d'une étude historique. Il n'est pas, croyons-nous, appelé à répondre à une question « pourquoi », que les adhérents de la philosophie de l'histoire, par exemple M. Tröltzsch, veulent lui poser, mais l'étude historique est appelée à répondre « COMMENT ». Grâce à cette capacité de l'individualité à l'interpénétration l'historien pourra établir sinon pourquoi, du moins comment le choc créateur se produit-il. Quelles peuvent être les forces déterminantes de l'ambiance où eut-il lieu. L'ambiance qui n'est autre chose que la « Weltanschauung » du jurisconsulte.

L'empreinte de cette conception générale de la vie est subie d'une façon indirecte et parfois directe par la théorie créée. La règle juridique étant la conséquence de cette théorie qui

est donc à sa base, porte à son tour l'empreinte de la personnalité du jurisconsulte. Tel est le cas idéal où la règle est sa création autonome. Il ne se rencontre presque pas dans la vie, car d'autres facteurs exercent leur influence. Néanmoins il faut tenir compte de cette triple gradation : la règle, sa base théorique, la *Weltanschauung* qui sert de base à la théorie. Cette dernière existe toujours, mais le plus souvent, elle est irreconnaissable. La théorie n'existe que dans le droit développé. Dans l'histoire de droit la règle précède souvent la théorie chronologiquement. Néanmoins, il est important d'arriver à la connaissance de cette dernière, la théorie détermine la portée de la règle. Il arrive, parfois, que la formule de la règle reste immuable, mais son sens change avec les revirements de la théorie. Nous verrons dans notre étude le sort de la règle « *PARTUS ANCILLAE IN FRUCTU NON EST* » qui n'a pas changé depuis Brutus jusqu'à Justinien, soit pendant quelque 700 ans. Les revirements de la théorie et l'entrecroisement des facteurs déterminants ont laissé la règle fixe. La formule est restée immuable en apparence, mais quels changements profonds se sont produits sous son écorce en réalité.

§ 2

OBSERVATIONS METHODOLOGIQUES

L'intuition étant la source immédiate de la connaissance historique, la méthode ne sert qu'à préciser et élaborer ses données. L'ordre chronologique et idéologique de l'exposé. Plan et méthode de la présente étude.

Il semble que l'opinion assez répandue attribuée à la méthode cette qualité d'être la source de la connaissance. Nous croyons que c'est exagéré. En effet, la méthode dans la science historique est un instrument intellectuel, appelé à travailler la connaissance déjà acquise. En général, on couvre par le terme « méthode » deux concepts un peu différents. Cela nous amène au problème : « Comment la connaissance historique naît-elle » ? Quelles sont les étapes de la création scientifique. Je songe à cette division tripartite que le chef de l'école bouddhiste du ix^e siècle, Darmakirti, a proposée (1).

(1) V. Chtcherbatskoï. *Systema logiki Darmakirti* (en russe). On croyait avant cette étude que le système de logique et de la théorie de connaissance faisait défaut chez les hindous (Cf. Max Muller, par exemple). Que les systèmes tels que ceux d'Upanishad n'ont pas de valeur logique semblable aux systèmes européens. L'éminent sanscritologue a combattu cette opinion, du moins pour les écoles bouddhistes. La théorie de la connaissance fut très bien élaborée en Orient. Certaines idées de Kant étaient développées au ix^e siècle dans le système de Darmakirti. Les comparaisons avec les doctrines des six écoles philosophiques du brahmanisme ont également trouvé leur place dans les notes adjointes à la traduction du livre de ce philosophe.

Il distingue dans son système trois modes d'acquérir la connaissance qu'il appelle : 1° La perception ; 2° La conclusion pour soi-même ; 3° La conclusion pour autrui. Mais ce qu'il appelle la perception, nous aimerions mieux le rendre par le terme intuition avec l'accent sur le verbe latin duquel le mot provient : INTUERI.

C'est la source immédiate de la connaissance historique. La méthode telle qu'on la comprend le plus souvent n'a de rapport qu'avec la troisième phase, la conclusion pour autrui, ou plutôt avec la confusion de la troisième et, en partie deuxième phase du système Darmakirti. Nous sommes loin de suivre le système de l'éminent philosophe, mais l'étude introspective du processus-créateur dans le travail scientifique nous a amené à des conclusions presque semblables. En effet, comment la connaissance est-elle acquise et ensuite élaborée. Nous voici devant un texte que nous voulons comprendre et dont nous voulons réintégrer le contenu dans son milieu historique. Il nous intéresse. Il évoque le pressentiment qu'il va nous révéler un fragment de la vie d'autrefois. Des idées plus ou moins vagues apparaissent et s'en vont, les idées naissant de l'aperception. On tente de les arrêter. On réussit, alors, dans l'ambiance de cette méditation, une étincelle jaillit, et une image naît au milieu de l'aperception. C'est un événement rapide comme un éclair, mais il laisse subsister l'image scintillante dans la conscience. Tel est ce processus, et il s'accompagne de cette joie incomparable de connaissance qui n'est connue que de ceux qui l'ont goûtée. Alors, et alors seulement, on peut passer à la deuxième étape, à la conclusion pour soi-même. Puisque si cette image existe

il est très difficile néanmoins de formuler même pour soi-même son contenu.

Cette conclusion pour soi-même se révèle comme le résultat d'un travail méthodique. Et voilà que la méthode historique entre en jeu. La conception est travaillée. La confrontation des textes, leur critique va préciser le contenu de l'image conçue immédiatement en vertu de l'intuition.

Le travail achevé, pour l'auteur il n'y a plus rien à faire, semble-t-il. Il connaît l'objet de son étude. L'image est devant ses yeux ou plutôt est dans son esprit, comme si elle était dans l'espace stéréométrique, tous les éléments présents.

Maintenant il faut l'exposer — il faut passer à la CONCLUSION POUR AUTRUI. Une question surgit : quel sera l'ordre de l'exposé ? sera-t-il chronologique ou idéologique ? Il faudra décider quels sont les éléments qui seront exposés les premiers et quels les suivront. Le but d'une étude transformée en un livre est de faire naître dans l'esprit du lecteur cette même image qui existe déjà dans l'esprit de l'auteur. Mais afin d'y arriver l'auteur sera obligé de « tirer » l'image, élément par élément, de l'espace et de le ranger dans la durée. Dans les études historiques on est habitué à présenter le sujet dans l'ordre chronologique. Il a certains avantages, il est vrai, surtout quand il s'agit d'un processus évolutif plus ou moins continu. Mais cet ordre a aussi les dangers. Son avantage d'être consacré par la tradition défigure souvent la réalité de l'histoire. Là où il n'y a pas d'évolution en réalité, l'historien enchaîné par cette tradition tâche de la révéler.

Le regretté Sir Paul Vinogradoff, dans ses « *Outlines of Historical Jurisprudence* » (p. 155 sqq) relève l'utilité de

l'ordre idéologique. Il est vrai à la page suivante il indique les dangers de la méthode : « L'emploi de la méthode idéologique présente sans doute de grandes difficultés et des dangers, elle est particulièrement ouverte à des attaques de la part des historiens de profession qui sont habitués à l'étude critique des sources et en même temps habitués à ranger les faits dans les limites exactes du temps et de l'espace. »

Quant à l'étude critique des sources dans notre cas, le danger est éliminé puisque poursuivant même l'ordre idéologique nous nous appuyons sur les données de la critique de textes et cela grâce au caractère de notre étude. Le passage de Paul Vinogradoff vise, principalement, les vœux exprimés par M. Max Weber qui insiste sur la nécessité de l'étude des « types » du développement économique et, en particulier, les objections présentées par M. Eduard Meyer à l'« *Entwicklung der Volkswirtschaft* » de M. Bücher. Or, celui-ci se propose de contribuer à l'élaboration de la théorie des étapes économiques de la « *Volkswirtschaft* ». Aussi prend-il en considération le produit de l'activité du peuple en tant que collectivité, tandis que notre étude vise principalement l'œuvre individuelle du juriste. Mais comme celle-ci est, pour ainsi dire, plongée dans l'ambiance de la vie commune, son activité, quoiqu'individuelle, relève de l'activité commune. Cependant, le danger signalé diminue sensiblement, car le jeu des sources est de beaucoup plus certain quand il s'agit de l'individualité. Le désir qu'on a ordinairement de classer les sources dans les limites exactes du temps et de l'espace peut être plus ou moins satisfait.

En tant qu'il s'agit de l'activité individuelle, les faits se rangent d'eux-mêmes. En tant qu'on tâche de les expliquer

par le milieu et ses tendances cela relève plutôt du tact de l'investigateur.

Cependant quel est le milieu où nous pouvons chercher les éléments qui ont contribué à l'élaboration de l'objet de notre étude ?

Nous voici devant la règle *PARTUS ANCILLAE NON NUMERATUR IN FRUCTU*. C'est le point de départ de nos recherches.

Dans le Manuel de Girard (p. 262, note 3, 7^e édit.) nous trouvons : Ulpien D. 5. 3 De H. P. 27 pr. *quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant*. Autre raison puérile, Gaius D. 22. 1 De usuris 28. 1, etc. Il est clair que le fr. 27 a attiré l'attention de l'éminent romaniste parce que ce fragment contient un de ces motifs d'ordre économique auxquelles notre pensée moderne est habituée. Cependant, le même Ulpien dans un autre passage (fr. 68 pr. D. 7. 1) se rallie à l'opinion de Brutus. M. Girard, fidèle à sa conception, devrait même trouver cet argument identique à celui de Gaius et tout aussi puéril : *neque in fructu hominis homo esse potest*, l'argument dit de Gaius est : *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*. Nous laissons pour le moment de côté la dernière partie de la note citée, qui définit le sens de la controverse (1) rapportée par Cicéron (*De fin.* 1. 4. 12). L'intuition historique a abandonné ici l'éminent savant. La règle est restée immuable, comme nous avons dit plus haut, et lorsqu'on tente d'en découvrir les fond-

(1) V. § 18.

ments juridiques on cite ordinairement ces trois fragments du Digeste. Il y a des auteurs qui ont tant de confiance dans le sens historique de la commission de Tribonien, qu'ils confrontent ces fragments d'une façon toute dogmatique, sans se demander quel sens ils pouvaient présenter pour leurs auteurs respectifs, comme si l'on pouvait parler d'une théorie invariable de la règle durant toute la période dans laquelle vivaient ses auteurs. Cette théorie du « partus » est liée à la conception de fructus ; or, comme cette dernière n'a pas revêtu sa forme définitive dès l'origine, il est clair que les notions juridiques qui se rapportent à la règle ne se sont formées que par degrés. Il serait donc peu probable que la conception de Brutus eût pu ressembler à celle d'Ulpien. Mais répétons-le, à strictement parler, lorsque nous parlons de la formation progressive de la construction de notre règle, nous n'exprimons qu'insuffisamment la relation réelle entre ces deux éléments : 1° les facteurs du processus d'élaboration de la doctrine et 2° l'explosion de l'énergie créatrice individuelle qui cherche à s'exprimer dans une formule juridique. Nous pouvons reconstruire le processus de la naissance d'une conception ; cela ne nous explique pas encore comment elle s'est formée dans une conscience individuelle. Se borner à la restitution des facteurs extérieurs déterminants d'une doctrine, cela signifie dépersonnaliser et décolorer les formules mêmes qui la revêtent et l'expriment. Il nous semble même que le peu de succès de tentatives pour résoudre le problème a été provoqué justement par l'attention exclusive qu'on prêtait à la tâche de la reconstruction des processus évolutifs, ce qui consiste, tout au plus, à suivre les changements de contenu des termes qui expriment les notions relatives à la conception du rapport juridique — dans notre cas, c'est l'analyse

très importante sûrement des termes : *fructus, frugalitas, homo frugi, frui, uti, reditus, quaestus*, etc... Cela est nécessaire, mais cela ne nous fait pas approcher du but, puisque pour restituer le développement d'un phénomène, il faut savoir ce que c'est que ce phénomène. Autrement ce travail se réduit à une analyse préparatoire des sources au point de vue linguistique ou autre — travail utile d'ailleurs et dont profitera celui qui se mettra à étudier le problème lui-même.

Nous disons donc que quand on pose la question de la reconstitution du point de départ dont une conception a évolué, on doit savoir au préalable ce qu'est cette conception, ou bien quelle en était l'intuition immédiate chez ses auteurs, autant que cela se laisse voir dans les sources. Ce n'est que lorsqu'on connaît une conception qu'il devient possible d'entrevoir le milieu où l'on retrouve les traces des facteurs déterminants qui l'ont préparée, et encore peut-il arriver que ces derniers ne sont pas liés immédiatement avec les éléments concrets du rapport étudié. La définition d'une conception a, de la sorte, une importance préjudicielle pour le choix des matériaux qui doivent être étudiés pour la reconstitution de ses origines. La notion même de l'origine prend une signification nouvelle.

Aussi, quand nous parlons des fragments de Brutus et d'Ulpian, Ulpian n'est plus un simple point distant d'un autre point, Brutus, de l'espace de trois cent cinquante années — ce n'est plus un prisme inerte qui sert à réfracter une substance inconnue, c'est une personnalité vivante qui transforme sa matière et la maîtrise, c'est l'agent réel du devenir historique.

Ce que nous venons d'exposer détermine le plan et la méthode de notre étude.

Comme la règle « partus » reste invariable, il est difficile de parler de son histoire. Donc, nous ferons plutôt l'histoire de la théorie de la règle. Or, la théorie juridique apparaît souvent plus tard que la règle même. Il sera donc plus commode de commencer notre étude à l'époque, où la théorie apparaît développée. Notre point de départ sera l'analyse du fr. 68 cité d'Ulpien. L'analyse est précédée par un petit excursus qui a pour but d'établir la notion des fruits dans le sens technique chez Ulpien : la règle en relève. Cette étude faite, nous verrons que le fr. 27 pr. D. 5. 3 reste en dehors des cadres du problème, vu la théorie juridique contenue dans les solutions positives des textes. Le fr. 68 étant un texte composé, nous l'étudierons du point de vue de la valeur historique, de ses éléments constitutifs. Nous y trouverons toute une série de dispositions positives. Cependant aucune d'elles, prise séparément, ne contient assez de données pour qu'on conjecture quoique ce soit sur ses rapports avec le fructus. Nous nous servirons de l'analyse de la composition du fragment, autrement dit, nous essayerons d'atteindre le principe abstrait de la construction juridique (entrevu ou bien pressenti par le jurisconsulte). Ce principe, tout en se trouvant en dehors de chaque sentence séparée, n'en est pas moins présent dans l'ensemble. C'est une méthode évidemment risquée, quant aux fragments appartenant au Digeste, puisque rien ne nous garantit que le compilateur n'a pas, par accident, mutilé la pensée du jurisconsulte, en ne citant pas le texte jusqu'au bout. Cependant, dans notre cas, elle est licite parce que la citation permet de suivre l'idée de l'auteur jusqu'à son achè-

vement. Outre l'analyse de forme, nous avons eu recours à la méthode usitée de la confrontation des textes relatifs aux questions théoriquement identiques, c'est-à-dire la confrontation quant au fond, nos sources nous permettant de le faire. Les résultats de la première phase de l'étude de composition du texte et ceux de comparaison usitée coïncident. La conception d'Ulpien paraît être de la sorte établie. Tel est le contenu du Ch. II (§§ 7 et 8).

Connaissant la conception d'Ulpien, nous pourrions étudier le milieu et les éléments de ce milieu qui ont dû pousser le jurisconsulte à remplacer la théorie qu'on trouve déjà chez Julien, par une autre. En étudiant les rapports entre le *servus* et la *familia* nous trouvons, en effet, les traits qui pourraient faire comprendre la conception d'Ulpien. Le jurisconsulte individualise le partus dans les rapports juridiques. Le partus y est toujours un phénomène individuel. Telle est la pensée qui git au fond du fragment, ce qui nous permet d'exprimer le texte dans le langage moderne. Le Chapitre III (§§ 9 et 10) est consacré à l'étude des origines de la conception. Mais ce qui saute aux yeux, c'est que les mêmes traits du milieu étudié existaient au temps de Julien, et tout de même, sa conception était autre que celle d'Ulpien. Ce qui confirme que le milieu ne peut pas expliquer à lui seul telle règle ou telle théorie.

Comme le fragment d'Ulpien, pris isolément, ne permet pas de passer à d'autres conclusions, nous nous adressons au texte de Papinien dans les fragments de Vatican. La conception de Papinien coïncide, sous ce rapport, avec celle d'Ulpien. En la prenant comme point de départ, nous abordons le second texte de Papinien, fr. 58 § 4 D. Ad Scit. Trebel 36,1

et, en tenant compte des résultats auxquels aboutit l'analyse des fragments de Papinien et d'Ulpien, nous envisageons la question juridique la plus abstraite, celle de la notion des fruits de l'universitas dont les partus sont exclus. Ici se fait jour la différence entre les conceptions moderne et ancienne (c'est-à-dire de la période classique) de la construction juridique du fructus et du lien de l'entendement antique avec la règle étudiée. Le Ch. IV, § II est consacré à cette étude. Les sources nous permettent de passer à l'aperçu dans l'ordre chronologique des textes concernant le problème et d'établir qui est l'auteur de la règle conçue de la sorte. Ce que nous faisons dans le § 12.

Le Ch. V est consacré à l'étude du problème que touche déjà la conception non juridique mais la conception plutôt philosophique de partus dans le problème de la furtivité de l'ancilla (parallèlement de pecus) et de situation juridique de son partus (resp. fœtus). Nous avons ici devant nous deux plans mentaux différents, mais qui se juxtaposent étroitement : 1° la corrélation de la furtivité de la mère et du fruit indépendamment du rapport « in fructu esse » et 2° l'apparition d'un facteur nouveau — de ce rapport justement — avec et dès le moment de l'éditio, qui joue un rôle décisif dans la construction de l'acquisition de l'un ou de l'autre, par le possesseur de bonne foi. Et cela à cause de l'opinion non juridique sur l'éditio partus (anima humana). Dans cette combinaison des deux plans mentaux, se manifeste le caractère de l'opinion (non juridique) d'Ulpien sur le part, exprimée (V. *suprà*) dans les catégories de droit.

Dans le § 14 nous précisons le caractère de la conception en l'envisageant en connexion avec le milieu et dans l'aperçu historique de la théorie du titre de l'acquisition.

Ainsi, la matière des chapitres II, III, IV et V est disposée d'après le principe de l'éloignement de l'étude des règles juridiques concrètes, par lesquelles l'étude commence, en passant par une théorie — une abstraction juridique, vers une conception générale. Donc la matière est disposée selon les modes de son rapprochement à la conception du monde du jurisconsulte.

Le chapitre VI (§§ 15 et 16) est consacré à l'étude de la filiation de l'idée philosophique d'Ulpien, telle qu'elle apparaît dans l'ensemble des textes. Nous passons alors à l'étude de l'espèce qui a une certaine parenté avec le problème examiné dans le chapitre IV, c'est la question de l'EX ANCILLA FUGITIVA NATUS. Nous y trouvons un trait intéressant pour le problème de périodisation dans la science historique. Ce qui nous amène à la deuxième partie de l'ouvrage.

Ici il nous semble utile de suivre le sort de notre problème dans le droit préclassique, et le droit de Justinien et de donner son aperçu général à la période classique. Comme sources du dernier chapitre nous sommes obligés d'utiliser principalement les sources juridiques et littéraires. Nous regrettons que les sources épigraphiques ne sont représentées que par quelques inscriptions et l'étude du monument épigraphique retrouvé sur la via Portuensis. Jusqu'à présent il n'existe pas encore d'étude consacrée aux inscriptions d'Italie sur la vie rurale et l'agriculture, ce qui est lié avec l'objet de notre investigation. Nous l'avons commencée, mais elle est loin d'être achevée. Néanmoins quelques inscriptions que nous possédons déjà, nous permettent, semble-t-il, de préciser certains caractères importants pour réintégrer le problème dans le milieu.

CHAPITRE I

La Littérature sur la règle “ *partus ancillae in fructu non est* ”

§ 3

Les textes contenant la règle. Observations préalables sur la littérature.

Avant d'analyser la littérature sur la règle du *partus ancillae* nous citerons les textes principaux sur lesquels s'appuient les auteurs. Il est à noter qu'on n'en cite ordinairement que des extraits. Cependant nous croyons qu'il est opportun de les citer *in extenso*, car les sentences perdent à être détachées du contexte.

Ulpianus l. XVII ad Sab. (Fr. 68 D. de usufr. 7. 1).

Vetus fuit quaestio an partus ad fructuarium pertineret. Sed Bruti sententia optinuit, fructuarium in eo locum non habere ; neque enim in fructu hominis homo esse potest, hac ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit. Quid tamen si fuerit etiam partus ususfructus relictus, an habeat

in eo usumfructum ? Et cum possit partus legari poterit et ususfructus eius. §1. Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. § 2. Plane si gregis vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum « alia summittere » (1).

On ne cite le plus souvent de ce texte, que la sentence de Brutus, et l'on en tire des conclusions sur la nature de la controverse entre le juriconsulte républicain et ses adversaires Manius Manilius et P. Scaevola. Par conséquent, aux yeux des érudits, l'importance du fragment se limite à servir de complément au témoignage de Cicéron (de fin. I, 4, 12) *an partus ancillae sitne in fructu habendus disseret inter principes civitatis, P. Scaevolam, Maniumque Manilium, ab hisque M. Brutus dissentiet.*

Ce n'est que lorsqu'on étudie parallèlement les questions du *partus* et du *fetus* qu'on cite le principium et le § 1 du fragment. Le § 2 est toujours omis. Donc quand on a l'intention de s'appuyer sur Ulpien, on cite le fr. 27 (de hered. petit.) que nous allons citer plus bas parce que son sort, dans la littérature savante, diffère de celui des deux premiers. On fait figurer à côté du fragment cité, comme s'en rapprochant :

Gaius l. II. Rer. cott. (fr. 28 D. de usur. et fruc. 22. 1).

In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus, et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. § 1. Partus vero ancillae in

(1) Lenel. Palingenesia II, 2574 (Ulpianus).

fructu non est ; itaque ad dominum proprietatis pertinet ; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

Dans ces conditions le § 1 du fragment figure seul ordinairement. Cependant il n'est pas superflu de s'arrêter sur son rapport au principium. On sait combien peu fixe est le contenu du terme fructus. Or, le principium contient les explications qui spécifient la signification du terme dans le contexte. La plupart des savants veulent voir dans la sentence de Brutus chez Ulpien l'influence de la philosophie qui adoucissait l'application rigoureuse des principes de ius civile pour qui l'esclave s'identifiait avec les choses. Il semblait que le jurisconsulte qui l'a formulé ne pouvait pas se résigner à l'idée de la dégradation de la personnalité humaine descendant jusqu'à ne plus en faire, soit qu'un élément de revenu, soit que des produits organiques selon le point de vue auquel se placent les érudits modernes. D'après cette théorie, les principes de ius naturale, qui ignore l'esclavage, pouvaient influencer sur la solution du problème, bien qu'on ne parvienne pas, il nous semble, à saisir comment les jurisconsultes pouvaient baser une théorie du rapport juridique de l'institution du *droit civil* sur les principes d'une philosophie ou d'un droit naturel qui nient l'existence même de cette institution (1). Il n'est pas étonnant que les érudits qui partagent ces vues attribuent tant d'importance à ce troisième fragment.

Ulpianus l. XV ad Ed. (fr. 27 pr. D. de her. pet. 5. 3).

(1) Ulpien l. XLIII ad. Sab. fr. 32, D. R. J. 50. 17 ; Idem l. I. ad. Sab. fr. 20, § 7 D. 28. 1 ; fr. 4 D. 1. 1.

Ancillarum etiam partus et partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant augent tamen hereditatem.

Ici nous nous bornons à citer la partie du texte qu'on cite d'habitude. Les textes importants pour comprendre ce fragment sont : le fragment précédent et surtout la fin du fr. 25 eod.

Le sens immédiat en est clair : la destination économique d'une chose décide du sort de son fruit organique. Le fruit organique d'un esclave ne rentre pas dans la catégorie des fruits dans le sens juridique, parce que l'esclave est destiné à l'accomplissement de toutes sortes d'actions dont les résultats, en tant qu'ils représentent une valeur économique déterminée, sont les fruits dans le sens indiqué (1).

Plusieurs romanistes, chacun suivant ses penchants et ses goûts personnels, s'appuyent de préférence tantôt sur les premiers, tantôt sur le troisième de ces textes. On pourrait d'ailleurs distinguer dans la littérature deux groupes principaux d'auteurs. Les uns, considérant que le droit romain subit l'influence de la philosophie grecque, aiment mieux se passer du fr. 27 cité et évoquent en première ligne les deux premiers. Les plus nombreux paraît-il, disposés à considérer les exigences de la vie sociale et économique, comme base du développement des institutions, mettent au premier plan le fr. 27. Quelques-uns qu'on ne peut pas ranger parmi l'un ou l'autre de ces groupes évoquent des motifs spéciaux de la

(1) *Gaius* l. VII ad. Ed. prov. fr. 3 D. op. serv. 7. 7. In hominis usufructu operae sunt et ob operas mercedes. V. plus bas § 18 ; *Idem* fr. 4 eod.

règle, qu'ils trouvent dans des conditions historiques et dans la vie économique romaine, en laissant parfois des textes sans explications suivantes. Une place à part est occupée par Petrazicki, et Dernburg après lui.

Il suffit de citer les raisonnements émis dans les remarquables manuels ou monographies du dernier demi-siècle, pour se convaincre d'une sorte d'impuissance dans laquelle se trouvent la plupart des savants devant l'ensemble des fragments mentionnés. Les uns, tout simplement, tranchent le nœud ; d'autres préfèrent « comparer » les fragments qu'ils ne parviennent pas à expliquer dans la perspective historique, en les faisant tenir dans les cadres de théories préconçues. Les méthodes et les façons d'envisager les choses élaborées en fonction des problèmes du droit moderne des Pandectes (cela vise surtout la littérature allemande du XIX^e siècle) qui ailleurs donnent des résultats brillants, une fois appliquées à notre problème produisent l'impression de raisonnements qui ne sont pas appropriés à cette matière de nature différente.

Les fondements historiques et psychologiques du problème sont passés, croyons-nous, inaperçus.

§ 4

**Les auteurs qui se basent sur le fr. 27 pr. D. De H. P. 5. 3.
Ulpian I. XV ad. Ed.**

Dans la critique des raisonnements du premier groupe, nous allons commencer par l'examen de l'étude de Göppert (1) qui consacre au problème des passages assez étendus. Nous y trouvons des arguments épars dans le chapitre consacré à l'examen du terme *fructus*. Il nous semble qu'on peut saisir sur le vif les points faibles du groupe dont il est le champion. Au fond ces points faibles n'ont pas été éliminés même dans les dernières éditions de certains manuels où nous les retrouvons. Plus loin on verra comment nous tâchons de les éviter, ici il ne s'agit que de relever les prémisses et les conclusions qui, à la lumière des sources, paraissent douteuses. L'étude de Göppert, excellente au point de vue dogmatique et qui contient des remarques fines et des considérations très justes, ne parvient tout de même aux résultats suffisants, et cela grâce au manque de perspective historique, nous semble-t-il.

Dans l'analyse de la notion *frui*, l'éminent romaniste remarque : « la notion de *frui* implique, cependant, l'idée de l'activité humaine : c'est la fonction qui sert à réaliser la

(1) Ueber die organische Erzeugnisse. Halle 1869.

valeur de la chose... » et plus loin (p. 29) : « il est douteux qu'il soit exact de mettre dans la catégorie de *fructus* certains produits, dont ni la germination ni la génération n'exige aucun concours de l'activité humaine et qui tombent en notre possession exclusivement par suite d'un processus indépendant de notre volonté : fetus pecorum, partus ancillae. On a décidé dans ce sens que, quoique le premier doive être in fructu, le dernier ne le doit pas, et, à la vérité, il semble qu'ici a prévalu cette raison que les animaux sont entretenus le plus souvent non seulement à cause de leurs *opera*, leur lait, leur toison, mais aussi à cause de leur progéniture ; que l'on prend soin de l'obtenir, que même on nourrit leurs petits, ce qui ne s'applique pas aux esclaves ; ainsi le partus ancillae doit être considéré comme *donum fortunae* et non pas comme le revenu obtenu de la chose. »

Le passage est remarquable. Plus bas (1) nous reviendrons au sens véritable de *donum fortunae*, expression heureuse mais qui provient de considérations autres que celle de l'existence de l'activité humaine. A en croire Varron (2) cette idée que Göppert évoque comme fondement de la règle est loin d'être affirmée par les faits de la vie économique. Si nous nous référons d'ailleurs à sa note 32 (3), nous aurons constaté que sa propre théorie est contradictoire en elle-même, vu la supposition de l'auteur qu'il y avait une branche spéciale de l'industrie — l'élevage d'esclaves.

Il y a, en outre, une contradiction concernant la définition

(1) V. § 6.

(2) V. page 42.

(3) V. plus bas.

de *fructus*, car à la page 13 l'auteur fonde le rapport d'une plante qui a pris racine avec le sol (qui consiste en ce que cette plante n'est plus considérée comme existant par elle-même et est qualifiée comme partie intégrante du terrain, à partir du moment de *coalescere*) (1) sur la conception antique, qui résulta de ce qu'on ignorait la plantation par les mains de l'homme, et sur ce raisonnement que c'est le hasard qui fait tomber la semence dans la terre et que la croissance se produit par la terre sous l'action des forces naturelles. Pourtant les fruits des plantes sont eux aussi liés au sol : fr. 25 pr., § 1 D. 22. 1 ... omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur ... in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur, quam seminis in quo oriuntur adspicitur.

Si ce fondement de la construction du rapport de la plante avec la terre qui dérive de ce principe qu'on méconnaissait la part de labeur humain, est juste, alors il est étonnant qu'il se soit conservé pour les fruits. Du point de vue de l'auteur l'idée même des fruits implique l'intervention humaine, et si la génération des plantes (ensemencement, etc...) suppose déjà — ce qui découle de la définition de *frui* exposée plus haut — sa dépendance des efforts de l'homme qui sont nécessaires pour les approprier. L'explication qui suit les passages précités : « en partant de là (c'est-à-dire de la conception antique) on en est venu à considérer le résultat de l'ensemencement et de la plantation, comme étant uni par un

(1) Cf. fr. 26 § 2 D. de a. r. d. 41. 1. Paul I. XIV ad. Sab. ; fr. 7 § 13 eod. Gaius I. II. Rer. cott. ; aussi fr. 9 pr. eod.

lien organique avec la terre », n'explique, en somme, rien du tout.

Que s'ensuit-il ? Les raisonnements du passage cité font supposer que Göppert juge le fondement de la règle comme fixé à jamais dès son apparition au II^e siècle avant notre ère, et cela malgré le changement de la conception du *fructus*.

Des idées très justes y sont relevées, mais leur place dans les sources n'est pas trouvée, puisque celles-ci ne sont pas envisagées selon leurs époques respectives. Quelques idées qui ne se sont groupées autour du problème que successivement sont présentées comme contemporaines. L'idée de l'union des fruits de la terre est très importante pour la compréhension de la distinction entre les *fetus pecorum* et les *partus ancillae* (1), mais cette dernière question est traitée chez lui dans l'alinéa où il s'agit de l'idée de l'activité humaine qu'implique l'expression *frui*, et l'auteur s'arrête perplexe devant les sources. Le fr. 27 *non temere ancillae* etc. est cité dans la note 32, pour appuyer la théorie ; quant aux célèbres fragments 68 et 28, l'auteur se borne à leur propos à cette phrase peu consolante : « Je n'ai pu y voir que du verbiage » (suit la citation des textes). Il est à noter qu'à la page 15 l'auteur montre sa velléité de tenir compte des progrès (par comparaison à l'antiquité) de la connaissance de la nature, pour motiver les normes juridiques qui étaient la conséquence chez les Romains de leurs connaissances insuffisantes dans ce domaine. Autrement dit, l'auteur juge nécessaire de se conformer, en proposant des normes juridiques, avec la

(1) V. § 13.

« Weltanschauung ». Or, le *partus ancillae* appartient à l'époque lointaine, et les considérations des sources qui paraissent bizarres à un Allemand du xix^e siècle qui les rejette ne sont ni puériles ni ridicules dans la perspective historique. « On a remarqué plus d'une fois — poursuit l'auteur — qu'elles (les expressions des fragments rejetés) auraient pu, tout aussi bien, faire écrouler l'institution entière de l'esclavage, et surtout le droit indubitable de propriété exercée par le maître envers l'enfant de l'esclave ».

Pour autant qu'on puisse saisir sa pensée, Göppert a vu dans le contenu de nos fragments, présentés comme ils le sont d'ordinaire. Cela importe surtout pour cette partie du fr. 68 prise isolée de son contexte, quoique d'ailleurs, Göppert n'approuve aucune des deux doctrines contenues dans les sources. Il les comprend, donc, comme des considérations d'ordre moral, qui s'opposent à une telle dégradation de la dignité propre à tout homme — fût-il esclave. La citation de Pölschau (un peu plus loin) prouve que c'est bien ces considérations-là qui, dans la pensée de Göppert, auraient dû produire leur action subversive sur l'institution de l'esclavage, si seulement on avait jamais pris au sérieux les passages où ils se trouvent. Cependant c'est justement le caractère éthique de ces raisonnements, qui n'est pas démontré. Il se peut que les fragments n'aient rien à voir avec les grandeurs éthiques et rapportent à un système de tout autre ordre. Ailleurs (pp. 13, 14, 15) Göppert remarque lui-même jusqu'à quel point les notions que les Anciens avaient de la nature, différaient des nôtres. Pourquoi ne pas admettre que nos passages ne sont que le reflet des idées abandonnées plus tard et qui nous semblent étranges ? Alors ces fragments, tels quels, ne contiendraient au-

cune menace à l'institution de l'esclavage. Autrement dit, ce qu'on lit dans la note 32 ne s'ensuivrait nullement de l'étude consciencieuse et non prévenue du contenu de textes.

« Je suis enclin à supposer — poursuit Göppert dans la note — que ces expressions étaient suggérées par cette observation que partout dans la Rome impériale s'était développé l'élevage des esclaves, comme une branche spéciale de l'industrie, et que, vu que le fait de posséder de grandes masses d'esclaves était devenu très fréquent, la progéniture des esclaves ne pouvait pas manquer de devenir l'objet des supputations économiques, de sorte que les considérations qui ont été jugées définitives, lors de la clôture antérieure de la controverse, ne pouvaient plus garder leur valeur ». Si cela veut dire que l'argumentation des sources « *non temere ancillae...* », interprétée par Göppert du point de vue de sa théorie, avait cessé, sous la pression des circonstances indiquées, de correspondre aux réalités du commerce juridique, et que de ce fait, les jurisconsultes avaient été amenés à inventer d'autres motifs et de les formuler dans des développements qui ont tellement déplu à l'auteur — et il est difficile de comprendre ce passage autrement — alors nous avons une triple raison de douter que les idées émises par lui soient exactes.

1° Sur quoi l'auteur fonde-t-il sa supposition que la plus ancienne expression de la controverse est celle donnée dans le fr. 27 ? Les sources ne permettent pas de conclure ainsi. La première mention de la controverse se trouve chez Cicéron (de fin. 1, 4, 12) qui se borne à constater qu'il y avait eu une discussion entre P. Mucius Scaevola et Manius Manilius d'un côté et M. Brutus de l'autre. Notre fragment 68 donne la sen-

tence de Brutus dans la forme qui témoigne justement contre l'hypothèse de Göppert. Et, pourtant, le fr. 27 est emprunté au livre XV du Commentaire sur l'Edit d'Ulpien. Il serait étrange de penser qu'Ulpien, dans cet ouvrage, aurait fait usage d'un argument vieilli, et se serait corrigé, quand il commente le *ius civile*, en intercalant, comme récente, une opinion qu'il a prise chez le plus ancien jurisconsulte par lui cité. Le fragment plus ancien, celui de Gaius, est basé, à son tour, sur la combinaison des idées comme celle de « *rerum natura, hominum gratia*, etc. » et ne contient aucune mention des raisons qui auraient eu le moindre rapport avec la théorie de Göppert. Il faut noter, d'ailleurs, que Göppert ne pouvait se rendre compte aussi nettement que nous de la suite chronologique des ouvrages des jurisconsultes classiques, son livre ayant paru quelques mois après la première édition de l'« *Alter und Folge* », par Fitting qui a ouvert le chemin aux études de ce genre.

2° En considérant l'hypothèse de Göppert *sub specie legis ferendae*, on est amené à penser que la règle même et non seulement sa construction aurait dû se modifier à cause du changement des conditions de la vie et l'apparition des circonstances nouvelles dans la sphère de l'activité sociale, comme l'élevage des esclaves et leur accumulation en masse dans les domaines des riches romains. Un tel état de choses n'aurait pas pu se dérober à l'attention des jurisconsultes, et l'auteur du fr. 68, si seulement il avait cité l'opinion vieillie de Brutus, ne s'y serait pas arrêté et, probablement, y aurait ajouté quelque chose comme *sed est verior Juliani* ou *Pomponii sententia*, ou bien *ego vero puto partum ad fructuarium pertinere*. Et cependant les sources témoignent du con-

traire : le partus n'est pas placé parmi les fruits — encore un argument contre la théorie de Göppert et une preuve que les raisons internes de nos fragments appartiennent à un autre ordre d'idées.

3° Pour le propriétaire les parts étaient toujours très précieuses. Il est à présumer qu'un paterfamilias romain devait compter sur le *donum fortunae* et tâcher de créer les conditions favorables pour l'obtenir, sans s'embarrasser de ce que le partus n'était pas in fructu. Le propriétaire en tout cas l'acquerrait (1). Göppert (p. 33) remarque que le critère des fruits gît dans ce qu'un objet était destiné à les produire, que c'est suivant l'opinion reçue « un revenu dans le ménage ». Donc le fait de posséder de grandes *familiae* n'aurait pu amener le changement de théorie de la règle, que si ces collectivités des esclaves avaient été considérées comme des unités dont on tire un revenu fixe. Cependant, justement cette question-là est restée ouverte dans l'ouvrage de Göppert et même n'y a pas été posée. Ses raisonnements, par conséquent, recèlent une *petitio principii*. Cette erreur logique devient évidente lorsqu'on conçoit les fruits comme le revenu régulier que l'ayant-droit tire de la chose. Elle reste la même si l'on admet la vue de Göppert sur la notion de *fructus* en tant qu'elle implique l'idée de l'activité de l'ayant-droit, l'activité participante à la confection de produits organiques et celle de l'attente de ces derniers. En effet, lorsque les esclaves sont en grand nombre, le part n'est plus le *donum fortunae*, si l'on considère la *familia* au total. En outre, les témoignages des sources nous disent que le paterfamilias

(1) Fr. 66 D. 44, 1. Vennuleius lib. IV interdictorum.

prenait des mesures pour obtenir les *partus ancillarum*. Varron (de r. r. 2, 10, 6) écrit : *quod ad facturam humanam pertinet pastorum qui in fundo perpetuo manent, facile est, quod habeant conservam in villa. Qui autem sunt in saltibus his mulieres adiungere utile arbitrati multi*. Le maître poussait ses esclaves femelles à l'enfantement en leur accordant différents privilèges selon le nombre de partus, ayant en vue l'augmentation de son patrimoine : *feminis quoque secundioribus quarum in subole certus numerus honorari debet otium nonnumquam et libertatem dedimus, cum plures natos educassent. Nam cui tres erant filii, vacatio, cui plures, libertas quoque contingebat. Haec est iustitia et cura patris familias multum confert augendo patrimonio* (Columella 1, 8, 9).

Telles sont nos raisons de penser que la théorie de Göppert est insoutenable. Avant de passer à d'autres théories, notons quelques particularités de travail scientifique de notre auteur. Bien que Göppert parle des idées antiques, il ne les saisit pas. Et pourquoi ? Il regarde les modifications extérieures du régime économique auxquelles viendraient s'adapter automatiquement les doctrines juridiques, et il conçoit ce processus comme une évolution presque mécanique. Les modifications du milieu, telles qu'elles sont révélées par les témoignages des sources ne suggèrent point à l'auteur l'idée de s'élever jusqu'à l'œuvre individuelle, même là où ce chemin lui était ouvert. Il n'est pas capable de distinguer le caractère propre à la vie historique romaine. Il ne relève que les caractères ressemblants à l'époque dont il est le fils. Il envisage les faits de l'histoire romaine comme s'ils étaient des événements passés en Allemagne du xix^e siècle. Ce qui est propre à la civilisation antique et à des figures de Romains

lui échappe. Par conséquent, la reconstitution du processus de l'élaboration des notions qui sont en jeu est restée hors du cadre des raisonnements. Telle est la cause, il nous semble, de ce fait que la tentative d'expliquer historiquement les textes en question a échoué.

*
* *

Windscheid (1) cherche les raisons de la règle dans ce que l'élément essentiel des fruits — la destination économique de la chose à les produire, manque par rapport à l'ancilla et le part. C'est-à-dire il évoque la théorie du fr. 27. De même Accarias 2) et Girard (3). Hölder (4) et autres pandectistes émettent les opinions plus ou moins ingénieuses sur la construction de la règle par Ulpien, formulée dans les fragments 68 et 27, parfois ils s'abstiennent de l'analyse, en se contentant de noter la règle comme MM. Czyhlarz (5), Brinz (6), Arndt (7), Baron (8), Buckland (9).

(1) Lehrbuch des Pandektenrechts. Vol. I, p. 408.

(2) Précis de Dr. Rom. T. I., p. 696, 4 éd. 1886. Il faut noter d'ailleurs qu'Accarias présente la complexité du problème. Cependant la note 2 trahit qu'il n'a pas saisi le sens de la controverse au temps de Brutus, V. plus bas § 18.

(3) V § 2.

(4) Pandekten, § 34.

(5) Institutionen, p. 86.

(6) Pandekten.

(7) Lehrbuch der Pandekten, p. 73.

(8) Pandekten, p. 82.

(9) A text book of Roman Law. Cambridge 1921, p. 223. La Théorie de M. Buckland exposée dans le « Roman Law of Slavery », sera vue plus bas dans le § 6.

**Théorie de l'influence de la philosophie grecque sur la
règle. Fr. 68 D. de usufr. 7, 1. Ulpianus lib. XVII ad
Sab, et Fr. 28 D. de us. et fr. 21, 1. Gaius lib I Rer. Cott.**

Nous n'avons pas eu en mains le traité de Vollenhoven.
« De exigua vi quam philosophia graeca in efformanda iuris
romani habet. » Cependant Sokolovski (1) qui le cite dans
son livre sur le même sujet a, paraît-il, utilisé cette étude,
et à en juger d'après ses citations, ce défaut de bibliogra-
phie n'est pas très grave.

Heimbach (2) déduit la règle de la phrase d'Aristote dans
Politica I, 8, τῶν ἀνθρώπων ἔνεχεν αὐτά πάντα πεποιημένα τῇ φύσιν.
Il croit que cette conception a évoqué chez les Romains
le sentiment moral, qui pouvait ne pas apparaître chez un
peuple aussi habitué à l'esclavage et en vertu duquel on a
introduit la distinction entre l'homme et les animaux, ce
qu'Ulpien a exprimé avec tant de force par les mots *neque
enim in fructu hominis...* etc... Costa (3) croit lui aussi que
l'argument de Gaius dans le fr. 28 § 1 cit. comme celui
d'Ulpien fr. 68 pr. § 1 cit. sont les reflets de la philosophie
grecque. C'est, d'après l'auteur, la théorie stoïcienne selon la-
quelle l'homme est considéré comme le seigneur de l'univers.

(1) Die Philosophie im Privatrechte. T. I.

(2) Lehre von der Frucht, p. 51.

(3) La filosofia greca nella giurisprudenza Romana. Parma 1892, p. 18.

Les textes qu'il évoque sont : Cic. De off. I, 7 ; De nat. deor. II, 62 ; De fin. II, 20. Sokolovski de même invoque la philosophie stoïcienne comme la source de la règle. Ce qui paraît être douteux c'est justement cette référence au stoïcisme. La théorie péripatéticienne a été attribuée par erreur au stoïcisme par Lucrèce et par Cicéron (4), ce qui a, paraît-il, induit en erreur les deux auteurs.

Sokolovski consacre au problème une étude plus volumineuse et plus travaillée que celles des auteurs mentionnés, et les objections à sa méthode et aux résultats de son étude sont a fortiori applicables aux théories mentionnées, sauf quelques détails propres à l'auteur. C'est pourquoi nous insistons dans ce paragraphe sur la critique de ses pages.

Le savant romaniste, en trouvant, avec raison, que la notion de *fructus* chez les philosophes et les jurisconsultes n'est pas quelque chose de tout à fait défini et d'applicable dans tous les cas, estime que, du point de vue naturel (vom natürlichen Gesichtspunkte) elle se déduit de celle de la substance : ce qui est décisif c'est l'homogénéité, l'identité, et la croissance. Les parties de la substance doivent avoir la capacité de s'en séparer sans que cela soit au détriment de sa puissance éventuelle de se reproduire « du dedans en dehors ». Après chaque séparation des parties, reste toujours la « *salva substantia* » capable de reproduction (développement) (p. 445). Partant de ces prémisses, l'auteur passe au problème de la condition des petits des animaux (p. 462)... « Les opinions des premiers jurisconsultes romains sur cette question s'étaient

(1) Cf. Roby. De usufructu Just. Dig. lib. VII. Tit. I. Cambridge 1886, pp. 241, 242.

divisées, et, il semble que l'idée d'après laquelle on commença à considérer les petits des animaux comme les fruits naturels d'une substance productrice ne s'est frayé la voie que peu à peu. La controverse est traitée dans le fr. 68 pr. § 1 D. 7. 1. » Suit le texte, dont n'est cité que le principium et le § 1. (De même chez Costa et autres), et le commentaire. L'auteur estime que les juriconsultes, sans aucun doute, soulevèrent la question de la nature « fructuaire » du partus et du fœtus pecoris simultanément. Cependant l'unique fondement en est le fait que dans le fragment cité les deux rapports sont traités parallèlement. Du moins l'auteur n'en présente pas d'autres. Et pourtant cette manière de traiter le problème dans notre fragment n'a qu'une valeur purement dogmatique et ne peut être comprise que dans ce plan. Si, toutefois, l'auteur en interprétant le fragment part de cette idée que du point de vue de la reproduction organique des espèces la procréation du partus est identique à celle du fœtus, donc, du point de vue logique c'est une *petitio principii*, puisqu'il reste à démontrer que notre texte envisage les choses justement dans ce plan-là et au fond c'est une erreur, puisque de fait Ulpien ne l'entrevoit pas (1). Ajoutons que l'idée même est plus que douteuse (2).

Sous l'influence de la philosophie stoïcienne — poursuit l'auteur — l'homme n'était plus considéré comme un objet dont l'apparition par la voie naturelle sert à augmenter le bien que l'on possède (den Menschen nicht als natürlichen Zuwachs gelten liess). Plus haut (p. 446) l'auteur explique que sous cette influence de la philosophie on se pénétrait

(1) V. plus bas § 8.

(2) Cf. notre § 13.

de plus en plus de l'idée de la dignité humaine. L'esclave est un homme, de même que son maître, et d'après le *ius humanum* ou le *ius naturale* dans l'acception la plus large de ce mot, ils forment une société, dont les membres ont un droit égal à jouir (Genuss) de la nature et de ses produits. Cette opinion est confirmée par un texte de Cicéron (de nat. deor. II, 14, § 37) où il dresse une échelle des phénomènes de la nature selon le principe, paraît-il, du degré de développement des activités psychiques, de sorte que chaque degré inférieur est destiné à servir à celui qui est plus haut, et que l'homme occupe le sommet de cette hiérarchie. Comme un passage parallèle, au Digeste, est cité le fr. 28 § 1 de Gaius. L'auteur a parfaitement raison quand il remarque, tout de même, que la solution concernant le *partus ancillae* est fondée non tant sur des considérations d'ordre éthique que sur ce qu'une solution contraire serait illogique (*absurdum videtur*). La référence au fragment du livre II rerum cottidianorum est heureuse (par hasard) ; mais le commencement du fragment d'Ulpien n'a rien à voir avec la philosophie stoïcienne (péripatéticienne non plus) (1). La vraie physionomie d'Ulpien, il faut l'avouer est laissée inaperçue, de même que celle de Gaius. L'auteur pense évidemment, tout à fait sérieusement, que la conception de Brutus ne diffère en rien ni de celle du « passage de Gaius » ni de celle de l'extrait du liber septimus decimus ad Sabinum. Du moins sa méthode de manier les textes le fait supposer. La corrélation des fragments ne l'intéresse pas. La question même n'est pas posée.

En poursuivant son exposé de la marche de la controverse,

(7) V. plus bas.

Sokolovski développe une idée très intéressante sur l'entrecroisement des deux principes métaphysiques dans la question de la physiologie de la génération des animaux qui, ensemble, conditionnent la présence des éléments d'unité, d'identité et de croissance par rapport à la substance qui se reproduit, c'est-à-dire des éléments essentiels à la conception philosophique des fruits. Mais quel intérêt ces idées présentent-elles, pour l'exégèse du fragment, l'auteur ne l'explique pas. Il se peut que Brutus ait en vue quelque chose de semblable, nous n'en savons rien, mais pour Ulpien, nous ne le croyons pas (1). Il prend en hâte du Digeste de Celse la formule de Brutus, et en la citant, expose sa propre théorie (2). Sokolovski n'a pas abordé les textes tels quels. Il a omis le paragraphe deux très important pour comprendre le sens du fragment entier. Il voulait à tout prix adapter les textes à la théorie préconçue. Ce n'est qu'après avoir mené jusqu'au bout son exposé, inutile *hoc loco*, de la philosophie stoïcienne (en suivant l'erreur de Cicéron) qu'il exprime la juste pensée du rôle qu'avait joué l'idée de la chose composée (*Sachgesamtheit*) et en premier lieu du troupeau, dans la solution du problème dans le sens de l'inclusion de fœtus pecoris dans la catégorie des fruits ; mais, cette pensée, il l'obscurcit par des complications artificielles (en poursuivant l'exposé de la doctrine stoïcienne) : le troupeau produit l'accroissement substantiel grâce aux conditions naturelles. Cet accroissement possède les indices de l'homogénéité et de l'identité

(1) Du moins dans ce sens qu'ils intéressent nous autres romanistes modernes. V. nos §§ 7, 8.

(2) V. notre § 8, Roby l. c., p. 241 croit lui aussi que l'argument du fr. 68 est propre à Ulpien, mais il ne donne pas les raisons de son hypothèse.

(*einheitlich und gleichartig*) et peut être séparé d'une façon déterminée de la substance, sans en entraver la croissance dans l'avenir. Les sources qui décident dans ce sens voient dans le *partus pecoris*, en premier lieu, les produits du troupeau entier. L'auteur s'arrête sur cette juste remarque, sans avoir tiré les conclusions que le texte pourrait bien lui suggérer, cela, parce que l'auteur a pris ses idées non pas dans les sources mais dans les doctrines courantes. Les textes ne lui ont rien révélé. Il ne les examine pas, il les cite pour confirmer sa doctrine.

Il est remarquable que l'auteur a omis le fr. 27. Nouvelle preuve qu'Ulpien ne réussit pas à attirer sur lui l'attention de l'auteur. Dans ce sens sa méthode d'étudier les fondements de la règle ne diffèrent en rien de celles de Göppert et de plusieurs autres romanistes qui s'occupaient du même problème. Seulement, pour ces derniers, à la base de raisonnement se trouve une idée métaphysique d'une grandeur abstraite des exigences de la vie économique qui exercent l'influence et qui font modifier les normes juridiques, tandis que pour Sokolovski cette grandeur est remplacée par celle de la philosophie grecque qui est conçue, comme une entité possédant la plénitude de réalité d'une chose appartenant au monde empirique. Cette influence s'exerce, semble-t-il, par l'intermédiaire des médiums absolument identiques — les jurisconsultes qui s'appellent Gaius, Scévola, Ulpien, etc... Tant qu'il s'agit du problème de *partus ancillae* ce n'est que par leurs noms qu'on les distingue. On est, de la sorte, hors la possibilité de voir le texte et de l'analyser tel qu'il est. La théorie dogmatique préconçue éteint le sens historique, et la réalité vivante dont vibrent les fragments s'étouffe.

§ 6

Théories ne rentrant pas dans les deux groupes. Théorie de Petrazicki, fr. 31 § 4 D. s m. 24. 3. Julianus lib. XVIII Dig.

Nous commençons la revue des auteurs qu'on ne peut pas ranger parmi les représentants d'un groupe ou de l'autre par la critique de la belle théorie de Savigny (1) qui parle de la règle à propos de l'effet de la *litis contestatio* sur le changement possible de l'étendue de la prestation par rapport à l'objet primitif du litige.

Le critère de fruits git, selon lui, dans la régularité avec laquelle telle chose porte ses fruits, en conformité avec les lois de la nature. Cette conception devient importante juridiquement parce que la périodicité des fruits est le fondement principal (unique quelquefois) de leur valeur économique. Il existe des produits dont la valeur naît des transactions juridiques et qui n'ont rien à voir avec les lois de la nature. Ils ont d'ailleurs acquis les traits juridiques des produits de la première catégorie, c'est-à-dire la nécessité de la présence d'une autre unité économique de laquelle dépend la possibilité même de les acquérir, et la périodicité, avec laquelle est liée la probabilité de leur réalisation. Sont classés, comme acquisitions fortuites, tous les produits d'une

(1) System des Römischen Rechts. T. V., p. 401 sqq.

chose qui, dénués de ces traits, et surtout de celui de la périodicité, en tant qu'elle constitue le motif prédominant de la possession de cette chose, dont on attend des « fruits ». Le *partus ancillae* rentre dans cette catégorie.

Il faut remarquer que le motif prédominant pour posséder *armentum* ou *iumentum*, n'est nullement le désir d'obtenir la progéniture, parce que les espèces (les chevaux par exemple) sont destinées à des fonctions économiques parfaitement déterminées et qu'on les entretient justement pour ces fonctions-là (1) et tout de même leurs fétus sont les fruits. Cependant, *ceteris paribus*, le moment de la régularité, de la possibilité du calcul, etc... subsiste. La conception de Savigny pourrait paraître plus claire que celle de Göppert, justement parce qu'il évoque la périodicité, comme l'élément essentiel de la notion de fruits et non pas l'activité appliquée à la chose pour les acquérir. Cependant sa théorie est assez loin des textes. En effet, à la page 105 se trouve une note qui trahit le génial fondateur de l'école historique en prouvant qu'il n'a pas saisi le fond des fragments. « Quoiqu'il en soit, écrit-il, du point de vue des rapports naturels (*nach natürlicher Betrachtung*) les enfants de l'esclave se trouvent envers la mère, dans la même relation que les petits des animaux. » Voilà une question qui mériterait d'être approfondie, lorsqu'il s'agit des idées des Anciens, en général, et, en particulier du contenu de notre fr. 68. Il serait plus prudent de dire « *nach natürlicher Betrachtung UNSERER Zeit* », mais

(1) Cf. fr. 38, § 7, D. 21. 1. Ulpianus, lib. I ad. Ed. Aed. cur. Sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt in iumentis non adeo utputa si mulus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid eius detrahatur, neque de utilitate, cum ad generandum nunquam sit habilis.

alors il faudrait aborder le problème *historiquement*, et tâcher de soulever l'écorce des textes conservés, pour pénétrer jusqu'à l'idée qu'elle enveloppe. Savigny ne s'appuie que sur le fr. 27. Il n'est pas parvenu à sentir le souffle de la vie qui donna naissance au critère de la règle du fr. 68. Etant donné la fréquence des cas de la possession de *familiae* nombreuses et l'usage de favoriser le concubinat uniquement pour faire augmenter le nombre des naissances, il faut admettre que les acquisitions qu'en tirait le propriétaire avaient un caractère plutôt régulier que fortuit, ce que nous avons déjà remarqué dans le § 4. On pourrait croire, de la sorte, que notre fragment était plutôt l'expression d'une conception plus profonde et plus raffinée.

Nous pourrions omettre la suite de la note « f » si, dans son acuité polémique et dans son caractère vraiment étonnant de généralité superficielle (compréhensible seulement dans le milieu de l'idéalisme romantique de l'Allemagne du commencement du XIX^e siècle) ne s'était pas manifesté le défaut général de la conception ou plutôt de l'intuition, et si la confusion des mesures, que le langage calme du texte de l'étude laisse à peine apercevoir ne s'y était pas entièrement dévoilée. Ce que l'auteur ne dit pas explicitement dans son texte, à savoir qu'il y avait une raison d'ordre éthique dans les fragments 28 et 68, qui ne sont même pas cités dans le texte, il le déclare ici subitement et bien que d'une façon implicite, néanmoins tout à fait clairement : « ...et telle était l'idée des Romains, alors qu'ils ignoraient encore complètement le christianisme [sic ! au commencement du III^e siècle ? !]. Les habitants chrétiens des Etats de l'Amérique du Nord qui admettent l'esclavage ont apparemment d'autres opinions et d'autres mœurs. »

Passons à la théorie de Petrazicki, qui occupe, dans la littérature une place à part. DIE LEHRE VOM EINKOMMEN est l'unique monographie qui tiennent compte des particularités des textes inaperçus ou incompris d'autres romanistes. Le remarquable savant extrait des textes concernant la règle presque tout ce qu'ils nous peuvent offrir pour l'intelligence des relations économiques auxquelles avaient affaire les jurisconsultes, comme base du commerce juridique. Dans ce sens, chacun des textes conserve sa propre individualité. Cette opinion, que la sentence de Brutus prouve que les jurisconsultes romains partageaient les idées morales de la philosophie stoïcienne et même que cette philosophie avait produit sur eux son action ennoblissante (ce qui donna lieu aux reproches que leurs nobles vues restèrent de belles phrases en désharmonie avec l'institution de l'esclavage) amène, chez l'auteur une remarque ironique : « Si Brutus et les autres *veteres* avaient pu entendre au Hadès ces commentaires de leurs opinions, cela, malgré la tristesse du lieu, aurait provoqué chez eux une grande hilarité (p. 227) ». « De la phrase, poursuit-il — *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse* — on ne peut conclure rien d'autre sinon que les Romains ne mangeaient pas leurs esclaves. A ceci se borne sa portée pour l'intelligence des opinions des Romains sur l'esclavage. » Ce passage est précieux comme une saine réaction contre les conceptions vraiment « médiévales » sur l'influence de la philosophie sur le droit (1) conceptions dénuées de vie et ne faisant qu'entraver l'étude des données réelles du

(1) Nous ne voulons pas nier que telle idée philosophique a pu laisser son empreinte sur la conscience du jurisconsulte. C'est une nuance, mais de l'ensemble de nuances on peut arriver à la pénétration de sources. L'instrument de la méthode devient plus fin de la sorte.

travail des jurisconsultes dans la formation du droit ; il nous ramène à l'étude immédiate des sources. Plus bas (1) nous essayerons de reconstituer la marche de la controverse, en tenant compte de cette remarque. Plus loin Petrazicki attire notre attention sur ce que Gaius au fr. 28 dit *videbatur*. Cela veut dire que pour lui la théorie en question se rapporte au passé. Petrazicki critique sévèrement la théorie du fr. 27 d'Ulpien qui sert de base à la plupart des constructions des savants modernes (pp. 8, 9), l'idée si diffuse de l'utilité économique (*wirtschaftliche*) en étant le fondement. Seulement si l'on partage l'idée qu'il existe à côté de l'utilité *principale* en vue de laquelle on tient la chose une *utilité secondaire*, il est possible de présenter les services d'une esclave comme son utilité principale. Mais comment tracer la ligne de démarcation entre l'utilité principale (*Hauptnutzen*) et l'utilité secondaire (*Nebennutzen*) ? On pourrait ajouter que l'utilité des *armenta* et *iumenta* elle aussi n'est pas dans leur procréation (2).

Dans le paragraphe sur les revenus des différentes unités du capital (*einzelnen Kapitalstücken*), en examinant les cas les plus importants du *lucrum ex re* que les Romains distinguaient du *fructus*, parce qu'ils n'étaient pas périodiques (*thesaurus, alluvio et insula in flumine nata*, les droits qui grèvent la propriété quand ils rentrent de nouveau dans celle-ci), l'auteur donne la solution du problème de notre règle : « dans ce groupe les Romains plaçaient l'enfant d'une esclave. »

(1) V. § 18.

(2) Cf. p. 51, n. 1 ci-dessus et des considérations mentionnées à propos de la théorie de Savigny.

Julianus lib. XVII Dig. fr. 31, § 4. D. s. m. 24, 3.

Si fundum dotalem recepisset mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, qua nupta non fuisset, nihilo minus de dote agere potest, quia minorem dotem recepisset : hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata vel hereditates, quae post divortium per servos dotales acquisitae marito fuissent.

La notion des fruits envisagés comme rendements périodiques peut seule résoudre l'énigme. Est-ce que le maître d'une esclave peut compter qu'elle donnera les fruits de son activité génératrice avec la même régularité qu'une vache, une brebis ou une poule ? Il est caractéristique pour la fonction procréatrice de l'homme que, en opposition à cette fonction chez les organismes plus rudimentaires, elle est irrégulière au plus haut degré et se laisse mal supputer. Il y a des femmes stériles, d'autres ont deux ou trois enfants ; celui qui a une parenté nombreuse peut compter sur des héritages et des legs réitérés, avec plus de chance que le maître d'une esclave, sur un revenu périodique occasionné par son activité génératrice. Un héritage et un legs dépend d'un cas de mort dans la famille, ce qui est considéré comme un accident. Une naissance de même est un accident (« accident heureux »). Alors il est bien clair, au point de vue économique, pourquoi les Romains ne considéraient pas comme revenu les héritages et les legs, de même que les partus ancillae. »

Il est à remarquer que Petrazicki a utilisé pour la première fois dans la littérature romaniste le texte de Julien, qui contient, semble-t-il, la formule la plus nette et la plus

claire de la nature juridique de notre règle à la période classique.

Quant à la règle il ne s'agit après la théorie de Petrazicki, que d'élucider un seul point. Comment la règle put-elle être appliquée là où il y a l'usufruit de toute une familia nombreuse des esclaves, dont on peut attendre l'accroissement régulier ?



En outre, il nous reste à étudier d'autres problèmes *nes* autour du *partus* et à tracer la physionomie de l'ensemble, autant qu'il est permis de l'entrevoir à travers les sources.



En 1910, dans les MEMORIE DELLA R. ACCADEMIA DELL' ISTITUTO DI BOLOGNA a paru l'étude de l'éminent romaniste italien, M. Brini, consacrée aux problèmes que nous étudions, sous le titre LA SENTENZA DI BRUTTO SUL PARTUS ANCILLAE. L'auteur examine presque tous les textes et tâche de présenter l'ensemble des problèmes qui surgissent autour du *part*. C'est pourquoi il est plus commode de citer ses conclusions et de les combattre dans les cas où nous croyons devoir entamer une controverse avec lui au fur et à mesure du développement de notre étude. Ici nous nous bornons à exposer la critique générale de l'étude et quelques extraits qui sautent aux yeux *prima facie*.

Nous ne trouvons point d'idée qui guide l'éminent romaniste. Plutôt nous en trouvons une, mais ce n'est pas une idée née de l'intuition des sources. C'est une idée préconçue, comme le titre même l'indique. Le paragraphe deux lui aussi

porte le titre *La fortuna della sentenza*. Si la sentence de Brutus exprime la règle de l'époque classique, alors il n'y a pas d'histoire de la règle, et cette étude ne vaut pas les efforts de l'auteur. Si la règle a son histoire, et si la formule a pris un sens nouveau à l'époque classique, le titre trompe le lecteur, et il semble que ce titre ait induit en erreur le savant auteur lui-même, puisque les textes que nous avons cités sont demeurés impuissants à lui faire abandonner ce parti pris. De même que l'auteur n'a pas remarqué que le fragment de Gaius se rapporte au passé et que l'argumentation du texte ne paraît pas être celle de son auteur, mais seulement une référence d'ordre historique (1), notre fragment 68 lui semble un texte presque parallèle au fr. 28.

L'idée dont la répercussion est sensible dans des espèces qui ne relèvent pas de la règle a échappé à l'auteur. Or, l'intérêt principal de l'étude de l'ensemble des textes nous semble consister justement en ce que cet ensemble nous permet de saisir quelques traits propres à l'époque, et puisque le problème touche à des points délicats de la personnalité humaine en tant qu'objet de commerce juridique, et présente le nœud nerveux de l'entrecroisement des considérations économiques et juridiques, où il est possible de toucher du doigt les traits caractéristiques de la conception et de l'œuvre des juriconsultes qui ont contribué à la solution des espèces.

Le romaniste anglais Roby (2) a produit tout une série de textes concernant le part et a énoncé plusieurs hypothèses

(1) M. Brini, malheureusement, n'a pas consulté la monographie de son collègue de Saint-Petersbourg, quoique le livre de Petrazicki ait paru en allemand. Du moins nous n'en trouvons point de traces.

(2) L. c., p. 39 et surtout pp. 240, 241, 242.

ingénieuses en les appuyant sur les données de la vie économique de Rome. Le volume de son ouvrage ne lui a pas permis, semble-t-il, de faire l'étude spéciale des textes pour préciser le problème. En outre il n'établit pas leur perspective historique.

La dernière opinion, à notre connaissance, est émise par M. Arangio Ruiz (1). Elle consiste à croire que la part de la femme esclave est exclu de la catégorie de fruits comme objet précieux. C'est une opinion un peu arbitraire et qui ouvre la voie à toute une série de questions. D'abord les fruits d'un *praedium* paraissent être non moins précieux. Cependant, comme la solution de la règle est donnée dans les sources pour le *partus* et le fœtus envisagés ensemble, la pensée de l'auteur semble viser cette dernière distinction. Alors son opinion est erronée. De beaux chevaux, par exemple, dépassaient par le prix les esclaves. En effet il paraît que les chevaux à Rome étaient plutôt un objet de luxe, que de première nécessité. Excepté ceux destinés à la cavalerie dans les temps plus ou moins récents, les chevaux n'appartenaient qu'aux représentants de la riche aristocratie (2). Un beau quadrigé correspondait à notre actuelle Hispano-Suiza ou à une Rolls. La différence entre le prix d'un esclave et d'un cheval (3) (je ne parle pas d'un *equus circensis* qui coûtait des prix fous) comme instrument de locomotion de luxe était à peu près la même que de nos jours. Nous voulons

(1) *Istituzioni di Diritto Romano*. II éd. 1927, p. 151.

(2) Pollack, dans *Pauly-Wissowa* VI, p. 1267, sqq. *equi*.

(3) Q. Vevetius Renatus. *Ars Mulomedicinae*, à ne pas confondre avec Flavius Vegetius Renatus comme le font parfois les auteurs, par exemple M. Heitland. *Agricola*, p. 485.

parler des cas où la valeur économique de l'homme se fait jour : par exemple, le montant des dommages-intérêts adjugés à la veuve d'un petit employé tué par un accident. S'il touchait des salaires médiocres le montant ne dépassera pas 100.000 francs. Or, le prix d'une Rolls est de 400.000 francs. Je me suis permis de proposer au lecteur cette petite promenade historique de nos jours, car elle est assez curieuse au point de vue de la perspective historique. Un historien qui ne possède pas la capacité de voir la vie contemporaine dans cette perspective n'est pas un historien.

Nous croyons que cette revue de la littérature romaniste sur la règle du *partus* a démontré que l'ensemble de problèmes, qui se rattachent à elle, n'y est pas suffisamment étudié. Notre tâche est donc, en utilisant les efforts des savants, de reconstituer son historique à la lumière des sources.

PREMIÈRE PARTIE

ULPIEN ET LES SOURCES DE LA PÉRIODE CLASSIQUE

CHAPITRE II

La construction de la règle par Ulpien

§ 7

Caractère des généralisations théoriques d'Ulpien.

Nous avons mentionné plus haut (1) la théorie du fr. 27, et nous avons relevé son insuffisance *prima facie*. Il est évident qu'il est impossible de tirer la conclusion *a contrario* de la conception du fructus par Ulpien, puisque, en ce cas *hædi*, *vituli*, etc... devraient être également exclus de cette catégorie. Or, dans un autre texte (fr. 68 § 1) Ulpien confirme sa solidarité avec Sabinus et Cassius pour la solution du problème dans le sens inverse. Il reste à supposer que la théorie du fr. 27 n'est pas suffisamment méditée ou que son sens n'a pas la portée générale que l'on lui attribue souvent.

(1) V. §§ 4 et 6 de cette étude.

Le sens de cette généralisation ne peut être saisi que si nous faisons appel à des éléments essentiels de la notion juridique de *fructus* dans le droit classique développé, dans les solutions des espèces, là où le mot *fructus* est employé déjà comme le terme technique. Alors *fructus* = le revenu perçu d'une chose par la personne ayant qualité pour en réaliser les rendements réitérés qui laissent intacte l'unité économique qui les conditionne (1).

Ulpianus lib. XXI ad Sab. Fr. 7 § 1. D. de i. d. 23. 3.

Si FRUCTUS constante matrimonio percepti sint dotis non erunt : si vero ante nuptias percepti fuerint IN DOTE CON-
VERTUNTUR.

Le sens de ce passage est le suivant. Le mari acquiert le revenu périodique de la dot, destinée AD ONERA MATRIMONII SUSTINENDA. C'est pourquoi CONSTATE MATRIMONIO ce revenu n'augmente pas la dot : la dot est le capital qui doit être restitué en cas de dissolution du mariage. Cependant, quelle doit être la solution de l'hypothèse où la dot sera remise au futur époux avant la conclusion du mariage ? Qu'advient-il des fruits qui courent dès le moment de la remise jusqu'à l'accomplissement de la condition si *nuptiae sequuntur*, en vue de laquelle cette remise a été faite ? Le futur mari n'est pas encore devenu la personne qui a droit à acquérir les fruits de la dot, et la dot elle-même n'est la dot qu'au sens large, non pas technique — alors, dit le jurisconsulte, FRUCTUS IN DOTE CONVERTUNTUR. Ces *fructus* seraient les fruits par rapport à la femme, mais le futur mari ne peut les envisager que comme une augmentation du CAPITAL. La dot, par

(1) Petrazički, l. c., T. I.

conséquent, sera l'unité économique composée des biens transmis + les fruits de ces biens perçus jusqu'à la conclusion du mariage. Le mot *fructus* alors ne signifie pas le groupe de produits mais LE RAPPORT JURIDIQUE ABSTRAIT DE CARACTÈRE PERSONNEL RELATIF. Là où les sources parlent de ce rapport, nous le désignerons par l'expression LE RAPPORT IN FRUCTU ESSE pour le distinguer du terme les fruits qui peut conduire à une conception erronée.

Encore un passage d'Ulpien qui est intéressant, car il témoigne d'une part de cette finesse d'intuition juridique d'Ulpien, ce qui se fait jour dans la netteté et l'exactitude de sa solution et d'autre part de l'inexactitude chez lui du terme *dos*, ce qui n'empêche pas l'auteur de concevoir exactement et de bien exprimer le sens du rapport juridique, et enfin, sa conception du *fructus* dans le sens indiqué.

Ulpianus lib. XXXI ad. Sab. (fr. 4. D. de pact. dot. 23. 4).

Si convenerit, ut fructus in dotem converteretur an valeat conventio ? Et Marcellus ait libro octavo Digestorum conventionem non valere, prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri. Sed ita distinguit, ut si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum, idemque esse, et si usumfructum hoc pacto dedit ; quod si convenisset de fructibus reddendis, hoc est, ut in dote essent fructus quosquos percepisset, et fundus vel ususfructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus fieret, dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros, cogendum de dote actione fructus reddere ; erunt igitur in dote fructus, et FRUETUR ISTE USURIS QUAE EX FRUCTIBUS COLLECTIS ET IN SORTEM REDACTIS PERCIPI POSSUNT. Ego utrobique arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data, ut, si ob hoc ei maio-

rem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia, quae ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere. Finge quadragena annua esse reditus apud eum qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset plus trecentum ; uti boni consuleret tam uberem dotem consecutus ? Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tuereturve, et universa onera expediret, quare non dicas conventionem valere ?

L'espèce envisagée par notre texte est la suivante. Est-ce que le pacte en vertu duquel le mari s'oblige à restituer la dot avec les fruits après la dissolution du mariage est valable ? Marcellus répond qu'un pacte semblable est inefficace puisque la vraie destination de la dot de supporter le poids de dépenses serait manquée, et l'épouse apparaîtrait tout simplement comme indotata. Mais le jurisconsulte distingue deux hypothèses :

1° Si la femme donne en dot le fonds sous la condition de lui rendre ce fonds les fruits inclus, ou si elle donne en dot l'usufruit avec la même condition, le pacte sera nul.

2° Supposons que le pacte soit conclu aux termes duquel les fruits restent dans la dot, c'est-à-dire que les fruits doivent être restitués, mais le fonds ou l'usufruit sera remis non en tant que dotal mais avec ce but unique de rendre possible d'effectuer la perception des fruits à venir, c'est-à-dire des fruits qui vont courir sur l'unité composée des fruits perçus et convertis en capital.

Or, voici la pensée d'Ulpien à ce sujet : ce qui importe c'est ce motif en vue duquel la dot sera remise. Mettons que la femme remettra la dot de beaucoup plus importante grâce

à cette convention, en vue de satisfaire son époux avec de l'argent qu'il va percevoir comme le revenu des fruits ; alors la convention sera pleinement valable. L'argument économique qu'il invoque est assez curieux. Supposons, dit le jurisconsulte, que le *reditus* soit 40 pour l'époux qui ne recevrait pas en dot plus de 300, si la convention indiquée n'était pas intervenue. Eh bien, se demande Ulpien, pour quelle raison dirions-nous que cette convention ne sera pas valable, qui permet d'atteindre la satisfaction des intérêts de la femme, des siens, et du mari. La solution est juste, mais non seulement au point de vue des raisonnements d'ordre économique comme on pourrait le croire d'après la façon de parler d'Ulpien. La théorie, la nature juridique de la dot évoque la même solution. Il faut remarquer jusqu'à quel point la pensée d'Ulpien est concrète. Il a peine à se défaire de cette idée erronée que le *FUNDUS* soit la *DOS*. Et ce'a parce que le fonds est remis à l'époux pour créer le rapport dotal, ne fût-ce qu'en qualité d'un des éléments de ce dernier. Dans le fragment entier, Ulpien l'appelle toujours de la sorte : *dos* ; dans toute une chaîne de raisonnements il le traite comme telle ; mais dans la solution positive il agit comme si cette prétendue *dos* (le fonds) n'était que l'élément d'une notion abstraite, d'une catégorie purement juridique. Et en réalité, la *dos* est bien une notion purement abstraite tout comme le *fructus* (rein persönliche Verhältniss), et sa présence objective sous la forme d'un fonds ou de l'argent dotal n'est qu'un cas particulier. Ulpien a peine à concevoir cette notion abstraite, dont il résulte que la dot peut être une grandeur économique mobile, c'est-à-dire, qu'elle peut se changer quantitativement, tout en restant identique à elle-même, bien qu'il dise : *FRUETUR ISTE USURIS QUAE EX FRUCTIBUS COLLECTIS*

ET IN SORTEM REDACTIS PERCIPI POSSUNT (1). Et tout de même, c'est le SORS et non le SORS + FRUCTUS, qu'il appelle DOS. Il faut dire d'ailleurs à sa décharge, qu'au moment de la constitution de la dot le fonds coïncidait objectivement avec cette dernière. C'est ce moment objectif qui a déterminé la terminologie d'Ulpien. Son erreur n'en subsiste pas moins : la coïncidence des étendues d'un objet matériel et du concept juridique qui le couvre, dans un moment donné (fût-ce le moment initial) ne donne pas par elle-même l'idée de la nature du rapport juridique. Il faut pour cela prendre en considération les moments subjectifs de ce dernier. Dans notre espèce, même au moment initial, ce n'est pas le fonds qui est la dot, mais le fonds plus (en puissance) sa capacité pour la fructification, qui commence immédiatement à se réaliser. Alors les fruits du fonds seront les fruits par rapport à la femme, mais non pas par rapport au mari qui les envisagera comme une partie du capital dotal qui doit être éventuellement restitué. La solution d'Ulpien est tout à fait conforme à cette idée. Dans un rapport entre les époux, s'il n'est pas compliqué par un arrangement spécial, cette capacité était traitée autrement : elle était exclue du total des biens dotaux et *matrimonio constante*, le fonds était la dot et les FRUCTUS FUNDI coïncidaient avec les FRUCTUS DOTIS.

Ulpien possède moins les concepts que les idées ou les images des éléments d'un rapport juridique. Donc, lorsque nous disons : la conception ou la théorie juridique d'Ulpien,

(1) Cette expression est sûrement d'Ulpien même. La phrase se trouve dans la partie du texte qui appartient à l'auteur du commentaire. Il est à remarquer que le jurisconsulte oppose ici le SORS au FRUCTUS, tandis que le terme sors est opposé d'habitude à USURÆ. De même cette expression FRUCTUS USURIS est digne de remarque

nous voulons exprimer que l'intuition immédiate d'Ulpien, si elle était formulée à l'aide des concepts juridiques, deviendrait cette théorie, ce qui justement avait occasionné sa façon de traiter la matière dans des cas déterminés, sans qu'il s'en rendit toujours compte bien nettement.

Sa conception était plutôt sentie qu'élaborée sciemment. C'était plutôt une création intuitive, artistique, qu'une application exacte logique des principes généraux dans les espèces. Les jurisconsultes romains, pour la plupart, ont peur des généralisations et aiment mieux les éviter : *omnis definitio periculosa est*.

Lorsqu'on dit *PARTUS ANCILLAE NON NUMERATUR IN FRUCTU*, on veut dire qu'un des éléments du concept juridique du *fructus* fait défaut dans le concept du *partus*, c'est pourquoi il n'entre pas dans le premier : 1° *Lucrum ex re* ; 2° *salva rei substantia* ; 3° se reproduisant PÉRIODIQUEMENT au profit de bénéficiaire : tels sont les éléments du concept des fruits. La théorie du fr. 27 ne vise que le premier point et indirectement même. Le *périculum definitionis* s'est laissé sentir. Hélas ! Quand on étudie la conception d'un jurisconsulte antique — *périculum est inquirentis*. Afin de l'éviter essayons donc de nous adresser au fragment 68.

§ 8

Economie du fragment. Ulpien et les textes de ses prédécesseurs. Composition du fragment. Parallélisme du principium et de paragraphes. Dépendance inverse logique et juridique. Renovatio gregis. Capacitas gregatim haberi. Individualisation de partus.

1° Notre texte se compose au moins de trois éléments : Les parties du texte qui tiennent d'Ulpien, une citation de Brutus et les parties qui viennent de Sabinus. Avant d'arriver aux conclusions dogmatiques, il faut établir jusqu'à quel point nous sommes fondés à juger ce fragment homogène et à en tirer des conclusions à propos de la théorie d'Ulpien sur l'objet de notre étude. Notons que si la présence de ces trois éléments est manifeste, il est possible qu'il y en ait un quatrième — la sentence du jurisconsulte d'où est tirée la citation du Brutus. C'est que, de son temps, les œuvres de *veteres* ne circulaient plus en original, et Ulpien puisait ses citations de seconde main, le plus souvent dans un vaste commentaire de Pomponius sur Sabinus (1) et dans le Digeste de Julien et de Celse (2). La possibilité de ce qu'avec

(1) A. Pernice. Labeo. Halle 1873. T. I., p. 6, note 9 suiv.

(2) Karlowa. Römische Rechtsgeschichte 1885. T. I., p. 741 ; Alfred Pernice. Ulpian als Schriftsteller, dans Sitzungsberichte der Akademie. Berlin 1885 ; Jörs dans Pauly Wissowa, 1905. T. 5. N. 88. Domitius c. 14 7, en particulier 1475 et suiv. ; Krueger Geschichte der Quellen. Leipzig, p. 217 sqq.

la citation de Brutus au texte d'Ulpien se soit glissé quelque passage de Celse ou de Pomponius, n'est pas exclue. On se demande s'il a pris la sentence de Brutus à Sabinus ou à quelque autre des jurisconsultes mentionnés. La méthode d'exposition des *Libri ad Sabinum*, où Ulpien commente les développements de l'auteur règle par règle, de même manière qu'il commente l'Edit, où la loi JULIA ET PAPIA et la loi JULIA DE ADULTERIIS (1), n'excluent pas la possibilité de cette supposition. L'absence de référence dans notre texte nous ferait pencher vers cette hypothèse et nous rallier à M. Schulz (2), si seulement on pouvait être tant soit peu sûr que cette citation n'ait pas été abrégée par les compilateurs. D'autre part, ainsi que le remarque Krüger (3), Ulpien cite les opinions des autres jurisconsultes non moins abondamment. D'après le Digeste, il est, d'ailleurs, difficile de s'en faire une idée suffisamment claire, car les compilateurs ne se faisaient pas de scrupules pour abréger les citations qu'ils puisaient aux ouvrages originaux. Le LIBER SEPTIMUS DECIMUS AD SABINUM ne fait pas exception. En comparant Fr. Vat. 60 et fr. 1 § 2 D. 7. 1, nous nous apercevons que dans ce dernier manque LABEO ENIM PUTABAT... SED EST VERIOR JULIANI SENTENTIA. De même Fr. Vat. 75 (3) QUAM SENTENTIAM NEQUE MARCELLUS NEQUE MAURICIANUS PROBANT ; PAPIANUS QUOQUE LIBRO XVII QAESTIONUM AB EA RECEDIT. QUAE SENTENTIA NERATI FUERIT, EST LIBRO PRIMO RESPONSORUM RELATUM. Le Fr. 1 § 2 D. 7. 2 omet entièrement toute cette énumération

(1) Jörs, l. c. 1442 et la liste de textes où il est facile de distinguer le texte de Sabinus ; Lenel. Pal. 2431 pr. ; 2435 pr. etc...

(2) Sabinus Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar. Hille 1906. p. 37, 2574 pr.

(3) L. c., p. 218, note 169.

des sentences. De même Fr. Vat. 77 et fr. 1 § 3 D. 7. 2 ; Fr. Vat. 83 et fr. 3 § 2 D. 7. 2 et autres. Il est tout à fait possible, de la sorte, que la référence d'Ulpien faite dans l'original ait été, elle aussi abrégée dans notre fragment.

Dans les fragments que nous possédons des Libri ad Sabinum il y a encore une citation de Brutus, notamment dans le fr. 13 pr. D. 18. 2 (Lenel. Pal. 2711 Ulpianus). Ici Ulpien cite directement Celse : CELSUS... REFERT MUCIUM BRUTUM LABEONEM QUOD SABINUM EXISTIMARE. Les citations de Brutus ne se rencontrent pas très souvent dans les ouvrages des juriconsultes classiques. Il est probable, par conséquent, que notre citation est tirée de même de Celse. C'est justement l'opinion de M. Jörs.

Cependant Celse lui non plus n'avait pas les LIBRI TRES IURIS CIVILIS dans l'original. Ce traité était déjà hors d'usage. La sentence aurait donc passé dans notre fragment après avoir erré longtemps par les digestes et les commentaires. Il est clair qu'il est dangereux de tirer de cette référence isolée des conclusions quelconques sur la doctrine de Brutus. Nous ne pouvons donc nous contenter de ce texte et nous sommes obligés de nous munir d'autres données, si nous voulons aborder ce problème. Nous sommes dans l'impossibilité de nous rallier aux conclusions de M. Brini (1). En effet, l'éminent romaniste prend dans notre fragment la sentence de Brutus telle qu'elle y est présentée. Or, l'exactitude de la citation de Brutus est sujette à caution. Le contexte de la citation n'était pas connu d'Ulpien. Il est fort douteux qu'Ulpien ait eu une idée bien nette de la concep-

(1) *Memorie d. R. Acad. d. Ist. di Bol.* 1909, I. c.

tion de Brutus, et il faut croire qu'il ne s'en souciait pas beaucoup. Ulpien, en général, n'attribuait pas une grande importance aux conceptions de *VETERES* et ne les citait qu'en tant qu'elles étaient mentionnées dans les ouvrages de ses prédécesseurs immédiats. Avec toute la profondeur avec laquelle il saisissait l'essence même de la nature juridique de telle espèce donnée, elle ne l'intéressait principalement qu'en tant qu'elle menait à des conclusions pratiques. Il ne se donnait, paraît-il, point la peine de la formuler d'une façon exacte du point de vue historique et à fortiori, de la comprendre d'une façon adéquate. Sa manière de traiter les textes de ses prédécesseurs est caractéristique dans ce sens (1).

Cela nous semble suffisant pour juger que les sentences du fragment forment, dans le sens indiqué, un ensemble homogène. Le passage de la sentence de Brutus aux phrases suivantes par l'expression *HAC RATIONE NEC*, et puis *QUID TAMEN* (le texte appartenant, sans doute, à Ulpien) (2) confirme, semble-t-il, notre conclusion. En effet, sans se contenter de citer l'opinion du jurisconsulte républicain, Ulpien l'adopte en entier et compose son commentaire en conformité avec sa structure : *HAC RATIONE*, etc... Et tout de même l'implacable critique de Pernice, dans un mémoire présenté à l'Académie de Berlin, où l'admirable érudit affirme qu'Ulpien n'avait même pas composé une mosaïque de ses opinions et de celles d'autrui, mais qu'il ne faisait que copier mécaniquement les solutions de ses prédécesseurs, en leur joignant un commentaire peu profond, repose, ce nous semble, sur un malentendu. Un des arguments de Pernice est qu'Ulpien a l'habitude de

(1) Krueger, l. c. 217 sqq ; Jörs, l. c. 1458 ; Pernice. Ulpian, 447

(2) Schulz, l. c., est du même avis.

suivre quelque auteur unique en empruntant à son ouvrage la partie qui est consacrée au sujet qu'il traite lui-même (p. 459). Outre cela, Pernice inculpe Ulpien de négligence dans sa manière de citer ses prédécesseurs, ses citations, sans référence, de seconde main (parfois même, ainsi que nous l'avons vu, de troisième, ce que, peut-être, lui-même ne soupçonnait pas). Ce jugement sévère serait mérité si Ulpien était un écrivain du même style que son célèbre critique, et si ce Syrien astucieux et fin demandait au Digeste de Marcellus la même chose que le profond historien de Labeon au Pithagore de ce dernier.

Ulpien n'est point un historien : c'est un praticien avant tout, mais dans ce sens où un philosophe est un praticien. Et de plus c'est un *homo novus* à Rome. C'est un provincial qui fait sa carrière administrative à Rome. Un homme doué d'un grand sens des réalités et très peu soucieux de la correction des théories savamment élaborées autrefois. Ce qui lui importe, c'est de prouver qu'il est un vrai Romain, et voilà qu'il emprunte à tout hasard, à Celse une citation de Brutus, ce républicain antique. Il saura la concevoir à son gré. Il lui donnera le sens qui lui conviendra et, en réalité, il aurait pu se passer d'emprunter les paroles de Brutus pour revêtir sa pensée. Il ne pense même pas à soulever un voile trois fois séculaire (1) et à retrouver le sens antique de la sentence. Il ne s'agit pour lui que de faire briller son érudition, car son commentaire ne laisse rien subsister de la pensée de Brutus. C'est là cette particularité des œuvres d'Ulpien qui agace tant Pernice (p. 447) qu'Ulpien cite des

(1) Ici dissemblance complète avec Gaius.

textes souvent sans aucun rapport avec les questions du droit nouveau inconnu à ses auteurs — ou avec les cas de sa propre pratique. Il veut montrer que les Romains lui sont familiers (1) et il tâche de parler en vrai Romain. On pourrait objecter que cette affirmation est étrange. Le siècle des Antonins se caractérisait justement par cette pénétration de la province à Rome. Le Sénat romain se recrutait parmi les représentants de l'aristocratie municipale non moins que parmi les Romains d'origine. Alors il serait peu prudent d'expliquer le caractère de l'œuvre littéraire d'un provincial qui veut faire sa carrière par ce désir de sembler Romain. La province était elle aussi romanisée et, ce qui revient au même, urbanisée. Julien n'était-il originaire d'Hadrumete en Afrique. Cela ne l'empêcha pas d'atteindre une haute position sous Hadrien. Mais remarquons-le, le commencement du III^e siècle ne ressemblait point au temps où régnait Hadrien le philhellène. Un changement profond s'est produit après l'avènement de Commode (2). L'entente du prince et du Sénat fut rompue. Les représentants de l'aristocratie municipale sont devenus odieux aux yeux du prince qui s'appuyait sur les soldats. Or, ces derniers étaient les gens de la campagne. La haine entre la ville et la campagne s'est déchaînée. Or, qui étaient ces provinciaux qui faisaient la carrière administrative à Rome ? Ils étaient justement ces bourgeois de province. La voix de l'armée, et l'armée était la campagne,

(1) En vérité ce n'était pas tout à fait exact. L'empreinte hellénique et orientale n'était jamais effacée dans les provinces d'Orient et, remarquons, elle différait de l'hellénisme romain. La mort assez mystérieuse d'Ulpien, rapportée par Script. Hist. Aug. et des historiens byzantins est loin d'être expliquée.

(2) Ce processus est reconstitué et expliqué d'une façon excellente par Rostovtzeff. *The Social and Economic History of the Roman Empire*. Oxford 1926. Surtout chapt. 9.

devenant de plus en plus importante, pesait sur les têtes des aristocrates municipaux. Voici un texte intéressant de Aelius Spartianus (Pescennius Niger, c. VII) qui confirme, semble-t-il, notre explication.

Hic (Pescennius Niger sc.) tantae fuit auctoritatis ut ad Marcum primum deinde ad Commodum scriberet, cum videret provincias, facili administrationum mutatione subverti... deinde ne novi ad regendam rem publicam accederent PRÆTER MILITARES administrationes, intimavit, ut assessores in quibus provinciis adsedissent, in his administrarent.

Tel était le vœu exprimé d'un chef militaire. Et c'était l'option mise en pratique : suivons le texte.

Quod postea Severus et deinceps multi tenuerunt ut probant PAULI ET ULPIANI PREFECTURAE, qui Papiniano in consilio fuerunt ac postea cum unus ad memoriam, alter ad libellos paruisset, statim praefecti facti sunt huius etiam illud fuit, ut nemo adsideret in sua provincia, NEMO ADMINISTRARET NISI ROMAE ROMANUS HOC EST ORIUNDUS URBE.

Encore quelques traits à relever. Septime Severe lui-même était Africain et sa femme originaire de Syrie, la bienveillance du prince pour les ressortissants de ces provinces est bien connue. Alors il n'était point désagréable d'être un Syrien, paraît-il. Et tout de même au fur et à mesure du recrutement des employés et des dignitaires parmi les Syriens, il devenait plus prudent de se déguiser en Romain. C'était le bon ton, primo, et, secundo, après l'assassinat de Papinien, dont la noble autorité n'était plus un soutien, et sous le règne de Caracalla — seul, l'origine syrienne n'était plus un avantage. Or, l'activité littéraire d'Ulpie tombe presque en entier sous le règne de Caracalla, et cet espace de six années était

justement l'époque critique de sa carrière : du poste modeste d'assesseur du préteur, il s'est haussé à la sella du chef de section A LIBELLIS de la chancellerie impériale, puis jusqu'à la préfecture de l'annone et presque aussitôt du Prétoire. Dans le passage cité d'Aelius Spartien, sa carrière figurait même comme l'exemple de la carrière d'un Romain à Rome. Les deux autres passages d'Aelius Lampridius (Alexander Severus) montreront jusqu'à quel point l'origine romaine était recherchée. L'influence qu'Ulpien exerçait sur Alexandre Severe est connue d'après les récits de Dion Cassius et de l'auteur mentionné. Dans le chapitre 34, nous lisons : post epistulas omnes amicos simul admisit, cum omnibus pariter est locutus neque umquam solum quemquam nisi praefectum suum vidit, et quidem Ulpianum ex assessore semper suo, causa iustitiae singularis. Cum autem alterum adhibuit, et Ulpianum rogari iussit.

Et voilà le témoignage du ch. 28 sur le même empereur.

Statuas colossas vel pedestres nudas vel equestres divis
imperatoribus in foro divi Nervae... locavit... EXEMPLO AUGUSTI... Volebat videri ORIGINEM DE ROMANORUM GENTE TRAHERE,
QUIA EUM PUDEBAT SYRUM DICI.

Si l'empereur avait honte, au dire de l'historien, de son origine, à fortiori, son préfet du prétoire devait-il souligner ses attaches romaines. Et il est très vraisemblable qu'Alexandre lui-même agissait de la sorte sous l'influence de son assesseur le plus intime.

Sans nous arrêter longtemps sur les Deipnosophistae d'Athènes, nous voulons néanmoins relever quelques données que cet auteur nous a conservées. Nous rencontrons parmi les convives plusieurs noms illustres — entre autres Masurius Sa-

binus, jurisconsulte, et Ulpien de Tyr, sophiste. Wissowa (dans Pauly Wissowa B. 5, Domitius N. 87) aime mieux ne pas suivre l'opinion admise jusqu'alors qu'Ulpien de Tyr était notre jurisconsulte. Cependant, on ne connaît rien en dehors d'Athénée et on ne rencontre nulle part ce personnage énigmatique qu'était Ulpien, sophiste. Les arguments de Wissowa ne nous semblent pas plus convaincants que les arguments contraires. L'éminent historien invoque en dehors de la différence de profession (*Berufsstellung*) la différence de formation nationale (*Verschiedenheit des nationalen Bildungskreises*) et d'état social, ce qui revient à la différence de profession. Si, en effet, Athénée avait osé présenter parmi les interlocuteurs un certain Ulpien de Tyr, il n'aurait jamais osé parler du préfet du prétoire, croyons-nous. Nous sommes enclins à admettre que le sophiste du « Banquet des savants » fut dessiné *mutatis mutandis* comme portrait de notre jurisconsulte. Quelques traits de sa personnalité telle que nous le voyons et que nous l'avons démontré plus haut, apparaissent ici. Cependant, Athénée voit plutôt de mauvais œil le convive déguisé sous la personne de sophiste. Et il lui fait les reproches que nous avons relevés comme particularités de l'œuvre littéraire du jurisconsulte. Plus tard nous reviendrons sur ce sujet et nous l'envisagerons sous un autre angle. Pour le moment il sera suffisant de faire quelques citations d'Athénée. Comparons-les avec les considérations faites, *mutatis mutandis* naturellement.

« Democrite dit alors : « Ulpien, tu as coutume de ne toucher de rien avant de savoir si l'on se servait ou non, DANS L'ANTIQUITÉ, DU NOM DE LA CHOSE qu'on présente comme telle (L. IX, ch. 14) » et un peu plus loin : « ULPYEN AIMAIT À SE DIRE ATHÉNIEN QUOIQUE NATIF DE SYRIE. »

« Tels sont, mes amis, ces sophistes si SEMBLABLES A ULPYEN, qui forgent sans cesse une foule de mots. Par exemple, ils apelleront marmite à four le vaisseau destiné à faire chauffer de l'eau et que les Romains appellent milliarium L. III, ch. 19).

« Ulpien... quand on me l'aura apporté, donnez-moi une mystyle (cuiller) car je ne voudrais pas me servir du mot mystron, qu'aucun de nos prédécesseurs n'a employé. Tu manques ici de mémoire mon cher, lui dit Emilien. A titre d'amateur d'antiquité... (III. 36).

« Quant à l'usage de la vaisselle d'argent, mon cher Ulpien... Les Romains devenant plus somptueux dans leur repas, Cléopâtre, cette reine qui renversa le royaume de l'Egypte, mais ne pouvant changer le nom des choses, elle appela *KERAME* la vaisselle d'or et d'argent (VI. 3). »

Il est inutile de citer toute la série de passages épars dans le livre. Mais il est à remarquer que les citations attribuées à Masurius ont l'air de citations dans le sens propre du mot, les citations d'Ulpien portent plutôt l'empreinte personnelle.

Cela ne prouve nullement qu'il niait par principe les opinions de Sabinus, Julien, Celse et autres, les preuves du contraire sont connues, mais cela signifie : qu'une opinion citée peut être adéquate à sa source, mais aussi peut n'être que l'opinion d'Ulpien lui-même, mise seulement sous la protection de l'autorité d'un Sabinus. Il faut résoudre chaque fois la question dans l'un ou l'autre sens suivant le contexte.

Dans la suite, pour plus de commodité, nous nous servirons du terme « la sentence de Brutus », mais ce n'est que pour indiquer brièvement une partie déterminée du fragment, appartenant à tout une chaîne de raisonnements d'Ul-

prien lui-même et ne portant nullement le cachet de sa provenance dans l'ensemble. L'opinion de Sabinus et Cassius dont l'authenticité ne suscite pas de doutes, est considérée également comme le chaînon appartenant à ce même ensemble, le paragraphe deux y était ajouté.

Il n'y a rien dans le texte qui en fasse soupçonner les remanements tant soit peu importants de la part des compilateurs. Tout ce qu'on peut supposer c'est l'omission possible de l'indication de la source d'où la citation de Brutus fut puisée ; mais il se peut que cette omission doive être imputable à Ulprien lui-même. Enfin le langage du texte ne porte aucune trace des tournures stylistiques et de mots typiques de la chancellerie de Justinien (1). Tout au contraire, la construction nette des propositions, caractéristique pour Ulprien et la solidité logique avec laquelle elles s'enchaînent extérieurement, élève jusqu'à une certitude la probabilité que notre fragment, dans la partie dont nous disposons, ait passé intact dans le Digeste. Il nous reste à étudier, de ce point de vue, sa fin. M. Lenel ajoute à la proposition qui s'arrête au mot *defunctorum* les mots qui, d'après le sens, y font défaut, et qui se trouvent dans le fr. 69 eod. suivant, de Pomponius : *alia summittere*, en faisant suivre aussitôt après le fragment 70 du Digeste. Il est très probable que dans les LIBRI AD SABINUM le texte avait ce même aspect. La manière d'écrire d'Ulprien justifie la forme que M. Lenel (2) a donné à notre texte (3). Notons le résultat de ce que le fragment de Pompo-

(1) Cf. Eisele. Ztschr. d. Sav. St. 1886. 1. Heft, p. 19, sqq ; Gradenwitz. ibidem, p. 45 sqq ; Idem, Interpolationen ; Lenel. Pal. Praefatio ad Vol. alterum ; Beseler. Beiträge.

(2) L. c., fr. 2574.

(3) Cf. Karlowa, l. c., p. 741. Ulprien fut doué de la capacité de bien saisir la matière juridique accumulée jusqu'à son temps et de donner des exposés de l'ensemble du droit pleins de vie. Surtout dans son commentaire AD EDICTUM et dans les LIBRI AD SABINUM.

nus se trouve intercalé entre les fragments 68 et 70 d'Ulpien : de ce fait, la question du but et du mode de remplacement des bestiaux morts par de nouveaux vient à s'enchevêtrer avec celle du legs d'un troupeau. Cependant Ulpien s'arrête évidemment à *SUMMITTERE* ou à un autre mot qui ne nous est pas parvenu. Quoiqu'il en soit, l'analyse du problème du mode de la soumission et de la nature juridique de l'état des bestiaux est précédée par cette phrase initiale : *Quid ergo si non faciat nec suppleat ? Teneri eum proprietario Caius Cassius scribit libro decimo iuris civilis*. Ce qui suit, c'est une nouvelle chaîne des raisonnements bien liée avec la proposition finale de la précédente. Nous pouvons donc considérer le fr. 68 comme une unité logique se suffisant à elle-même.

Après les mots qui servent d'introduction au contenu du fragment de *vetus à pertineret*, suit la *sentence de Brutus*, *FRUCTUARIUM IN PARTU LOCUM NON HABERE* ; puis l'exposé de son fondement théorique : *NEQUE ENIM IN FRUCTU HOMINIS HOMO ESSE POTEST*. A ces deux propositions, strictement liées ensemble du point de vue logique, Ulpien en ajoute une troisième, *HAC RATIONE NEC USUMFRUCTUM IN EO FRUCTUARIUS HABEBIT*. Ici finit la première unité logique du fragment, constitué, de la sorte, par les trois propositions.

Le lien de construction de la troisième proposition avec les deux premières mérite attention. La première a pour but d'exprimer que l'usufruitier non seulement n'acquiert pas la propriété, mais, en général, ne prend aucune part dans le partus, ce qui est basé sur la proposition suivante. Donc, logiquement, *HAC RATIONE* se rapporte à la seconde proposition, c'est-à-dire la notion *HOMO* contient les éléments qui em-

pèchent de le classer dans la catégorie des fruits et, en même temps, d'étendre sur lui l'usufruit de la mère : PARTUS PROPRIETATI ACCEDIT dans les deux sens. Il importe de nous rendre compte de l'idée d'Ulpien sur l'extension de l'usufruit au cas de l'accession à l'objet primitif qui en est affecté : c'est bien dans ce plan que se développent les raisonnements en question.

Le fragment 9, § 4 de notre titre pourra nous venir en aide. Il est tiré de ce même livre XVII du commentaire de Sabinus. Par le § 3 est résolue positivement la question de l'extension de l'usufruit sur les minerais trouvés dans un terrain après la constitution de l'usufruit. § 4 : HUIUS VICINUS TRACTATUS EST QUI SOLET IN EO QUOD ACCEDIT, TRACTARI... La *Vicinitas* de la question se borne à ce que, dans les deux cas, l'usufruit est constitué avant que ne fut découverte la présence des éléments qui haussent la valeur de l'objet. *Placuit alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat.* Puis Ulpien expose les raisons de Pegasus qui l'ont amené à cette solution : *esse enim veluti proprium fundum cuius ususfructus ad te non pertinet.* L'île, comme telle, est individualisée par le jurisconsulte, comme un terrain indépendant. Et si la règle du *IUS CIVILE* étend sur lui le droit de propriété, l'interprétation jurisprudentielle ne peut étendre sur lui aucun autre rapport juridique dont le fonds principal soit affecté — LE PROBLÈME EXIGE UNE INTERPRÉTATION RESTRICTIVE. Dans le fond de la solution de Pegasus se trouve non pas la tendance à protéger la propriété contre les servitudes qui la pourraient grever, mais l'idée

exprimée plus haut explicitement. C'est justement ce moment de l'individualisation du terrain qu'Ulpien a saisi en commentant la solution. Il ne le rejette pas, mais il l'adoucit et en rend plus nette la signification relative (non pas absolue) hoc loco : QUAE SENTENTIA NON EST SINE RATIONE : nam ubi latitet incrementum et ususfructus augetur, UBI étiam APPARET SEPARATUS FRUCTUARIO NON ACCEDIT. Donc pour qu'une accessio soit libérée de l'usufruit qui grève la chose principale, elle doit être individualisée.

Nous croyons donc que les mots HAC RATIONE, etc... doivent signifier qu'Ulpien conçoit l'état du partus justement de la sorte, c'est-à-dire comme un phénomène individuel et isolé, dont le sort juridique ne dépend, par conséquent, du sort de l'ancilla que dans la mesure où la norme de ius civile confère au propriétaire de cette dernière le droit de propriété (1) : PARTUS EX EA LUCRUM DOMINI EIUS EST SECUNDUM IUS CIVILE. Nous avons trouvé cette conception en combinant la proposition que nous venons de citer avec l'opinion d'Ulpien qui concerne la sentence de Pegasus ; mais la seconde moitié du principium, en elle-même, donne la même réponse, si seulement on se décide à voir en elle un élément constitutif du

(1) Cette idée est très claire dans les deux solutions de Paul, fr. 18, § 2 D, 13. 7 (lib. XXIX ad. Ed.) *Si fundus pignorat us venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat : sicut in partu ancillae qui post venditionem natus sit.* Le partus ancillae né après la vente est affecté au pignus de l'ancilla, parce que le vendeur reste le propriétaire. Il s'agit justement de sa naissance après la vente mais avant l'usucapion de l'ancilla par l'acheteur. Après l'usucapion de celle-ci, bien que son nantissement reste en vigueur, le partus ne sera pas affecté au gage, ce qui appert du fr. 29, § 1 (lib. V Resp.) *Si mancipia in causam pignoris ceciderunt ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt...* CETERUM SI APUD ALIUM DOMINUM PEPERERINT NON ERUNT OBLIGATA. Donc, c'est seulement le dominium qui joue le rôle décisif pour l'acquisition du partus. Pour l'expression *sicut in partu*, v. plus bas § 11.

principium (un élément de sa composition dans le sens où l'on parle de la composition d'une œuvre d'art, ni plus ni moins). Alors ce sera plutôt un commentaire à la *sentence de Brutus* élargie par l'auteur qu'une nouvelle proposition. QUID TAMEN, SI FUERIT ETIAM PARTUS USUSFRUCTUS RELICTUS ? Si le testateur, propriétaire de l'esclave dont on attend le part, par une manifestation de sa volonté expresse, lègue l'usufruit du part, cette disposition sera-t-elle valable ? ET CUM POSSIT PARTUS LEGARI POTERIT ET USUSFRUCTUS EIUS (1). La nécessité d'une disposition spéciale pour le legs de l'usufruit du partus se fonde sur cette même conception qui se trouve à la base de la première moitié du principium : il cite l'hypothèse de la disposition spéciale du testateur, en commentant la règle, c'est-à-dire, en partant, dans sa déduction, de la conception générale de partus, laquelle pourtant, ne se laisse entrevoir qu'implicitement réfractée dans les espèces qui font l'objet des raisonnements du fragment même.

Le même rapport qui se laisse observer entre la première et la seconde moitié du principium, existe entre les paragraphes 1 et 2. Le premier, c'est l'opinion de Sabinus et de Cassius : FŒTUS PECORIS AD FRUCTUARIUM PERTINET. Ulpien le commente au § 2 : « Il est clair que si le legs comprend l'usufruit d'un troupeau, même de celui des bêtes de somme (vel armenti), l'usufruitier sera obligé de compléter le troupeau avec la progéniture, c'est-à-dire de substituer aux bestiaux morts, les autres. »

Remarquons le parallélisme.

(1) Ulpien, lib. XXVII, ad. Sab., fr. 21 D. R. I., 50. 17. Non debet cui plus licet, quod minus est non licere

PRINCIPIUM

Première proposition (du fragment) : le partus **n'est pas** le fructus.

Suite légale. — Une **manifestation spéciale** (l'individualisant) de la volonté est exigée pour en instituer l'usufruit.

LES PARAGRAPHES

Troisième proposition (du fragment) : le fœtus **est** le fructus.

Suite légale. — Son usufruit est compris **ipso iure** dans le legs du troupeau.

La question spéciale de l'usufruit du troupeau n'est pas l'objet exprès du § 2. Ulpien ne s'en sert que pour élucider sa conception du jugement de Cassius et de Sabinus. Donc lorsque nous disons plus haut la *suite légale* nous ne faisons que qualifier l'idée de l'expression **STRICTO SENSU**. C'est bien une *suite* en tant qu'un cas concret implique l'expression d'un principe abstrait. Logiquement les propositions deux et quatre du fragment sont non pas les suites, mais des raisons ; au contraire, les propositions première et troisième sont respectivement les suites logiques de la deuxième et la quatrième.

En nous efforçant de découvrir l'essence de la conception du partus chez Ulpien, comme objet du rapport juridique, nous aurions pu laisser de côté la confrontation des trois propositions, qui constituent la première moitié du principium, dans leur suite logique, avec la citation de Pégasus et de sa critique par Ulpien dans un autre endroit du livre 17. Nous n'avons eu recours à cette méthode auxiliaire que parce que la coïncidence de données qu'elle nous fait voir, avec celles qu'on obtient en considérant les parties du texte comme les éléments constitutifs de sa composition, prouve l'efficacité

de cette seconde méthode : les résultats de l'analyse de fond juridique et de l'analyse de forme logique paraissent être identiques. Ce fait que le paragraphe deux forme le commentaire, stricto sensu, au texte du § 1 se confirme, de plus, par la conjonction PLANE qui sert d'introduction, et aussi, indirectement, par cette circonstance, mentionnée plus haut, que la commission de Tribonien a dû le couper en deux par le fragment de Pomponius, afin d'y insérer immédiatement le développement du problème esquissé de l'usufruit du troupeau. Ce n'est que le fragment suivant (70) qui est consacré spécialement à l'analyse des hypothèses de conflit des intérêts du propriétaire et de l'usufruitier, en ce qui concerne le complément du troupeau. Le § 3 du fr. 70 s'occupe déjà exclusivement d'une hypothèse où même l'auteur oppose la notion du troupeau, comme une chose composée (*universitas facti*, *Sachgesamtheit*), à la notion des bestiaux individuels, dans le sens économique. Objets qui tombent sous les régimes différents quant aux règles de la substitution des espèces séparées : *sed quod dicitur debere eum summittere, toties verum est quoties vel armenti, vel equitii, id est universitatis ususfructus legatus est, ceterum si singulorum capitum nihil supplebit.*

Il est digne d'attention que le jurisconsulte marque l'égalité de la situation des bêtes de somme, dans l'espèce analysée, avec celle du *grex* en général (*gregis vel armenti*). La destination économique spéciale de l'*armentum* s'efface, de la sorte, devant les principes généraux qui touchent le GREX, en tant qu'il s'agit de principes fondamentaux de la théorie juridique de la progéniture des espèces animales. Dans ce plan, Ulpien saisit d'une façon fine les nuances, et ce n'est

pas par accident, qu'il parle du GREX comme d'une notion juridique dont les principes s'étendent sur les espèces animales de la destination économique spéciale. Cela se voit du fr. 1, § 3 (D. de R. V. 6. 1), où il complète la citation de Pomponius par un jugement analogue au nôtre : *sed posse etiam GREGEM vindicari Pomponius libro vicesimo quinto scribit. Idem et de EQUITIO CETERISQUE, QUAE GREGATIM HABENTUR.*

Avant d'en venir à d'autres conclusions, notons que la composition du fragment ne se borne pas dans sa portée au parallélisme indiqué ci-dessus. Le principium par rapport aux paragraphes 1 et 2, tient lieu de thèse. Les fondements intérieurs de la cohésion logique de ces paragraphes ne peuvent être compris que si nous en considérons la liaison antithétique avec l'idée abstraite du principium. La proposition initiale VETUS-PERTINET, indique justement que la chaîne des raisonnements du fragment se rapporte, par principe, au *partus ancillae*.

Or, ce qui est caractéristique pour les *equi*, les *boves*, etc., c'est leur capacité GREGATIM HABERI. Quel est le contenu de cette notion ? Les espèces dont se compose un troupeau ne sont pas des êtres individuels, mais des unités, des objets homogènes, capables de se reproduire dans d'autres unités, dont chacune, qualitativement, ne se distingue pas de l'autre et, partant, peut lui être substituée. Ce principe de l'homogénéité des animaux est nécessaire pour la formation de l'idée du GREX comme UNIVERSITAS RERUM, abstraction incarnée dans le COMPLEXE des RES DISTANTES, qui existe en dehors de la totalité des unités dont il se compose. Qu'il s'agit bien de complexe et non pas de la somme arithmétique (plures) et que les jurisconsultes romains s'en rendaient parfaitement

compte, cela appert du fr. 6 D. leg. 31. Paul. Lib. sing. ad. leg. Falc.) *Grege autem legato non posse quaedam sperni quaedam vindicari, quia NON PLURA, sed UNUM legatum est.* De même Ulpien, fr. 1, § 3 D. de R. V. 6. 1. *Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse licet singula capita non sint, GREX enim NON SINGULA CAPITA vindicabuntur.*

Dans ce dernier texte se fait jour encore une idée : le grex comme objet du rapport juridique, est indépendant du sort des singula capita et même de leur totalité, ce que nous révèle le fr. 13 pr. D. de pign. et hyp. 20, 1.

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur ; sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

C'est cette RENOVATIO GREGIS essentielle pour son existence, indépendante des SINGULA CAPITA, qui est liée avec l'homogénéité (générique) des unités dont se compose le troupeau. La nature juridique du troupeau est conditionnée par ce fait qu'il se compose d'unités qui se laissent remplacer l'une par l'autre : *Et si ea natura eius (gregis scil.) est ut adiectionis corporum maneat...* (fr. 30, § 2 D. 41. 3. Pomponius). *Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri* (fr. 22 D. leg. 30. Pomponius).

Dans le premier des textes cités, Pomponius fait dépendre l'intégrité permanente du troupeau de l'adjonction des unités (corpora). Dans le second, il parle du remplacement des bêtes mortes par d'autres. C'est justement là que se manifeste cette particularité de chaque unité de l'espèce qu'elle est remplaçable, et bien qu'empiriquement elle se conçoive comme existant séparément et indépendamment, et que, juridiquement, tout en étant une partie du troupeau, elle puisse

devenir par elle-même l'objet des rapports juridiques (1), comme partie intégrante du troupeau, elle entre dans la catégorie des RES QUAE NUMERO CONSTANT : avoir une existence séparée, cela ne signifie pas encore posséder une individualité. Il est remarquable que pour indiquer l'unité d'une espèce, Ulpien emploie le mot *CORPUS* (2). Quand il écrivait ses *LIBRI AD SABINUM*, Ulpien avait sous les yeux le commentaire de Pomponius. Il se peut que ce soit de là qu'il ait emprunté ses *corpora*, et que les mots qui manquent dans notre fr. 68 fussent : *ALIA CORPORA SUMMITTERE*. Cette expression conviendrait au sens du passage. Les *CORPORA* c'est tout juste l'opposé des *INDIVIDUA*. Nous n'osons pas affirmer que ce ne soit pas au hasard que ce terme si heureux doit son apparition dans les pages du commentaire. Il y a trop peu d'exemples du terme, semble-t-il, pour pouvoir l'affirmer, les sources qui traitent de la question n'étant rien moins qu'abondantes.

Donc, la *CAPACITAS GREGATIM HABERI* se manifeste par le fait du complément du troupeau, car le *GENUS*, ici, domine l'individualisation possible des unités prises séparément, selon leur destination économique, ce qui a lieu par rapport à l'*armen-tum*, etc. Ulpien dans notre § 2, commentaire du § 1, parle justement du complément du troupeau.

§ 1. Les fétus sont les fructus.

§ 2. Peuvent être fructus d'une chose donnée les produits

(1) Fr. 30, § 2 D. de us. et us. 41. 3... non idem tamen universi gregis ulla est usucapio ; nec si quid emptum immixtum fuerit gregi, augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur ut si reliquus grex dominil mei sit, haec quoque ovis SED SINGULAE SUAM CAUSAM HABEBUNT, ita ut si quae furtivae erunt sint quidem ex grege, non tamen usucapiuntur.

(2) Cf. les textes ci-dessus cités.

(latissimo sensu) capables d'être reproduits et substitués et sur la rentrée desquels peut compter celui qui se trouve par rapport à la chose dans la situation de l'ayant droit (propriétaire, usufruitier, possesseur de bonne foi, etc...). La capacité à la reproduction et à la substitution éventuelle des fœtus comme objets qualitativement homogènes, qui s'est manifestée dans la nature juridique du troupeau, a déterminé leur classement parmi les fruits.

[Principium]. Il en est autrement du PARTUS ANCILLAE QUIA HOMO EST. La cause n'en est pas dans ce que l'esclave est cet *humilis amicus* que Sénèque invite à traiter humainement : la qualification juridique du partus a été déterminée par le fait que l'esclave, en opposition à des impersonnels corpora pecorum, possède sa propre personnalité (1). Il est OMNIMODO INDIVIDUALISÉ dans le droit.

Dans le commerce juridique un esclave est toujours considéré comme un phénomène individuel. L'apparition de chaque partus est donc un événement unique qui ne se repète pas. Un partus nouveau sera déjà différent du précédent, incapable de le remplacer, ni d'être remplacé, un objet à part et non pas une simple reproduction. Telle est l'idée d'Ulpien.

Gaius note la disposition de la loi antique Aquilia qui considère d'une façon identique les esclaves et les animaux.

Fr. 2, § 2 D. ad. leg. Aquil. 9, 2.

Ut igitur apparet servis nostris exaequat (sc. lex Aquilia)

(1) Il est intéressant que Gaius parle des esclaves dans le livre de personis. La controverse bien connue sur les traits communs du système de l'exposé des INSTITUTES et des REGULAE d'Ulpien a repris de la force de nos jours avec les articles de MM. Arangio Rulz, Albertario et Buckland. Cf. à ce sujet Fritz Schulz. Die Epitome Ulpiani du Codex Vaticanus. Bonn 1926, et compte-rendu de cet ouvrage par Lenel. Zeitschr. d. Sav. Stift. 1927.

quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur.

Cette note, peut-être, a été provoquée justement par ce fait que la règle semblait déjà plutôt exorbitante à Gaius et qu'il jugea opportun de mentionner comme déviation du principe, que, vue des considérations spéciales, la loi traite d'une façon égale les esclaves qui, cela s'entend, gregatim non habentur avec les quadrupèdes. Il est difficile tout de même de se prononcer sur le point de vue de Gaius en s'appuyant sur ce texte seul.

En tout cas, si les equi ou les armenta sont traités, dans les transactions civiles de double manière, tantôt comme les choses individuellement déterminées, et tantôt comme les unités d'un tout homogène, comme les éléments d'un corpus ex distantibus, quia gregatim habentur, l'esclave est toujours une chose individuelle. *TITULUS SERVORUM SINGULORUM SCRIPTUS EST*, écrit déjà Aulu Gelle (*Noc. Att.* 4. 2.). Cette dernière formule se rapporte au commencement de l'édit des édiles, qui réglementent la vie juridique du marché des esclaves à Rome, ce centre de distribution des esclaves. Son importance est donc évidente.

Maintenant, il nous faut élucider la naissance de cette idée dans la perspective historique, et répondre à deux questions d'une valeur différente, la première se rapportant à l'ambiance économique, la deuxième aux traits caractéristiques des conceptions ou plutôt des modes de concevoir propres à la pensée antique.

1° QUELLES ÉTAIENT LES DONNÉES DE LA CIRCULATION ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE QUI ONT INCITÉ ULPYEN A RÉVISER, SOUS L'ANGLE DE VUE INDICUÉ LA SOLUTION DE JULIEN QUI LUI FUT CERTAINEMENT CONNUE.

2° POURQUOI LE PRINCIPE DE L'INDIVIDUALITÉ OBJECTIVE DU PARTUS A-T-ELLE PRÉVALU SUR LE CONCEPT SUBJECTIF ET COMPLÈTEMENT ABSTRAIT DU FRUCTUS-REDITUS DE LA THÉORIE DÉVELOPPÉE, OU LES UNITÉS QUALITATIVEMENT, C'EST-A-DIRE PAR ELLES-MÊMES, OBJECTIVEMENT, IRREITERABLES, POURRAIENT REPRÉSENTER LES ÉLÉMENTS DU REDITUS, COMME UN RAPPORT SUBJECTIF (ET RELATIF) ÉTANT EXPRIMÉS DANS LES CHIFFRES DES NUMMI.

Nous y consacrons respectivement les chapitres III et IV.

CHAPITRE III

Origines de la théorie d'Ulpien

§ 9

Théorie de Julien. La portée du fr. 31 § 4, D. s. m. 24.3 et les grands contingents d'esclaves chez les riches de la période impériale. *Familia*, *Familia servorum*. *Persona servi*. Notion de la *familia augenda*.

1° Dans le fr. 31, § 4 D. s. m. 24. 3, Julien rapproche la probabilité de rentrée dans le patrimoine d'un enfant de l'esclave à la probabilité de l'ouverture d'une hérédité ou de l'échéance d'un legs qui dépend de la mort d'une personne. La mort comme la naissance est toujours un événement plus ou moins inattendu. Le propriétaire ne peut pas compter sur la périodicité des accouchements de son esclave. Une peut accoucher d'un ou de deux, une autre de trois enfants, et cela à des intervalles inégaux du temps. Il est, donc, impossible de considérer les *partus ancillae* comme des fruits. Quand les esclaves étaient peu nombreux, il n'y avait aucune raison pour parler de périodicité. Mais les temps de « *unus verna-tres domini* » étaient déjà loin. Après les guerres puniques et pendant les conquêtes successives que Rome a faites, l'afflux des esclaves dans l'Italie a été énorme. Les petits fermiers, qui étaient jusqu'alors, pour ainsi dire, la colonne vertébrale de

l'état romain (1), ont commencé à céder leur place à des riches propriétaires qui accumulaient les bien-fonds en achetant des petits lots de sol aux anciens fermiers. Ces mêmes fermiers, qui étaient des soldats des légions romaines, après avoir goûté aux délices de la vie de la capitale, souvent ne voulaient plus revenir dans leurs villages et recommencer la vie dure et austère des agriculteurs. En même temps après les campagnes militaires ce sont eux qui fournissaient les esclaves en facilitant aux capitalistes de nouvelle formation l'exploitation de leurs biens ruraux (2). Un tel état de choses s'est formé définitivement vers le temps d'Auguste (3), et nous sommes alors en face des *latifundia* peuplés par des centaines ou même des milliers d'esclaves. Dès lors, paraît-il, quand la *familia servorum* atteint des chiffres imposants (4) la question de périodicité des naissances de parts a changé d'as-

(1) Heitland. *Agricola. Study of agricultural life of the Roman Empire.* Cambridge 1921, p. 151 sqq ; Rostovtzeff, I. c., ch. 1.

(2) Heitland, I. c., 153.

(3) V. plus bas §§ 19, 20.

(4) L'affranchi Gaius Cecilius Isidore laissa après sa mort 4116 esclaves (Marquardt. *Handb. der röm. Altertum.* 2 éd. Vol. III, 1^{re} partie, p. 116). Les *familiae* des esclaves, chez les richards atteignaient les chiffres de 10 ou 20 mille (ibid. 159). Sénèque de benef. 7, 10, 5 s'exclame : « O miserum, si quem delectat patrimonij sui liber magnus et vasta spatia terrarum colenda per victos et immensi greges pecorum per provincias ac regna pascendi et *FAMILIA BELLICOSIS NATIONIBUS MAIOR.* » Pétrone, à propos d'un de ses héros, dit : « *Famillam tam magnam per agros Numidiae esse sparsam, ut possit vel Carthaginem capere.* » Le cadeau de 400 esclaves fait à des fils par Pudentilla à propos de son mariage avec Apulée témoigne lui aussi des chiffres des esclaves vers le II^e siècle. Cf. M. Norden. *Apuleius von Madaura und das Römische Recht* 1912. Leipzig, p. 71 sqq. Pour le I^{er} s. Athénée VI. 404 ; Pour les fortunes des provinciaux W. Liebenam. *Städteverwaltung im Römischen Kaiserreiche.* 1900. Leipzig, p. 166 sqq. Cf. pour le IV^e et V^e siècles : Rampola. *Santa Melania Juniore senatrice romana.* Rome. 1905, où plusieurs documents sont collectonnés, et P. Al-lard. Une grande fortune romaine au V^e siècle, dans *Revue des quest. hist.*, 1907, LXXXI. M. Blümner. *Die römische Privataltertümer.* dans *Handbuch der klas. Altertumswissenschaft.* I. v. Müller, München, 1911, vol. IV, par. 2, sec. 2, p. 281 sqq.

pect (1). Le propriétaire d'une grande quantité de femmes esclaves pouvait compter sur la périodicité de naissances, mais théoriquement il fallait envisager pour cela la masse des esclaves comme l'unité du capital, rapportant les revenus de la sorte. Il était nécessaire que dans la conscience du juriconsulte se formât le concept du *grex servorum*, absorbant la personnalité de l'esclave. Ulpien implicitement dans la série analysée de solutions rejette cette idée. Il est intéressant qu'il ait revu le problème précisément à ce point de vue. Nous y reviendrons plus bas (2). Pour le moment, constatons que le *partus* est resté, de la sorte, hors de la catégorie des fruits. Ce n'est pas le *GREX* mais la *FAMILIA SERVORUM* qui sert de terme pour la dénomination du groupe des esclaves. De ce point de vue il est intéressant d'approfondir l'idée que couvre le terme *familia*. Ce dernier a plusieurs significations. Cependant, il existe depuis longtemps une locution antithétique *FAMILIA PECUNIAQUE* qui équivaut à l'idée de patrimoine. Ces mots signifient primitivement les esclaves et le bétail. L'origine de *pecunia* de *pecus* ne laisse, semble-t-il, pas de doutes (3). Les XII tables emploient encore *pecunia* pour désigner les *equi* et les *servi* (4). le mot *FAMILIA* provient de la racine *bhag* ou *dham* ; qui signifient l'une et l'autre : habiter, vivre. Par conséquent, à l'origine le mot indique ceux qui vivent ensemble sous la puissance d'un *paterfamilias*. C'est, d'une part, la *familia adgnatio*, de l'autre le mobilier vif (*lebender Inventar*) (5). Le dernier sens tend à se restreindre et signifie

(1) Petrone, ailleurs écrit que dans la propriété de Trimalchion naquirent un jour 70 enfants.

(2) V. sous le chiffre 3 de ce paragraphe les motifs.

(3) Varron de r. r. 2. 1, 11, *ut fructus quam possint maximi capiantur ex eo (pecore) a quibus pecunia nominata est*. Et plus bas, § 19.

(4) Jörs, dans Birkmeyer. *Encyclopädie*, p. 165, n. 4.

(5) Pernice. *Labo I*, p. 323, note I.

dans le langage juridique, ordinairement les esclaves : *Familiae autem appellatio servos continet* (fr. 1, § 16 D. 43. 16. *Ulpien*) ; *Unicus servus familiae appellatione non continetur ne duo quidem familiam faciunt* (fr. 40, § 3 D. 50. 16. *Ulpien*), ou le domestique en général : *Familiae appellatione omnes qui in servitio sunt continentur* (fr. 25, § 2 D. 21. 1. *Ulpien*) ; *Familiae autem appellatio servos continet, hoc est eos, qui in ministerio sunt, etiamsi liberi esse proponantur, vel alieni bona fide nobis servientes* (fr. 2, § 14 D. 47. 8. *Ulpien*). C'est un trait frappant que les textes du Digeste, où il s'agit de la définition du terme *familia* appartiennent tous (1) à Ulpien (2). Dans le langage postérieur apparaît tantôt *familia*, tantôt *pecunia*, pour indiquer le patrimoine entier (3). Cependant, la notion de *familia* stricto sensu, envisagée comme l'ensemble des PERSONNES réunies sous la puissance du chef de la maison, subsiste toujours. Il est intéressant de ce point de vue que ce terme signifie un groupe composé des *personae* (*alieni iuris*). Dans la conscience du jurisconsulte, cette qualité des éléments de la *familia* est très ferme. Nous possédons un passage important où Ulpien s'arrête à la définition des différentes notions qu'embrasse ce terme.

Fr. 195 D. de V. S. 50. 16 (lib. XXXVI ad Ed.), § 1 *Familia appellatio qualiter accipiatur videamus ; et quidem varie*

(1) Du moins, si on vérifie les textes cités par Heumann. Handlexicon, 7 éd., p. 199, **FAMILIA**.

(2) Cf. plus bas, § 16.

(3) Pernice, l. c., p. 325. Cf. Cuq. Les Institutions juridiques (1891), p. 91 ; Jörs (dans Birkmeyers Encyclopädie, p. 165, note 4, § 121), en s'appuyant sur le fr. 1, pr. D. 35. 2 ; fr. 96 D. 50. 16 ; fr. 178, pr. eod. ; fr. 222 eod. trouve que le mot *pecunia* était la mesure de valeur et ailleurs, n. 7, il relève cette idée que le mot *pecunia* indiquait le patrimoine comme les pièces qui le composent, tandis que *familia*, le patrimoine lui-même dans sa totalité. Si nous nous souvenons du sens de *pecunia* dans les XII tables (note 8 ci-dessus) le revirement de la notion semble inspirer sa direction.

accepta est, nam et in res et in PERSONAS deducitur... AD PERSONAS autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex... et hic de SINGULARIBUS PERSONIS legem loqui constat. § 2 ...Iure proprio FAMILIAM dicimus PLURES PERSONAS quae sunt sub UNIUS POTESTATE aut natura aut iure subiectae... § 3. Servitutum quoque solemus appellare familias ut in Edicto Praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi Praetor loquitur de familia publicanorum, sed ibi non omnes servi sed CORPUS QUODDAM servorum demonstratur, huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte edicti omnes servi continentur.

Bien que dans ce texte le mot *personae* ne soit nulle part employé pour désigner les esclaves, on peut y relever cette nuance que le groupe dénommé de la sorte reste toujours des PLURES, même quand il s'agit d'un corps destiné à des fonctions spéciales comme celui des publicani, surtout que celui-ci ne peut pas se compléter par des naissances. Au point de vue de droit, les SERVI sont toujours des SINGULI HOMINES. Tandis que GREGE LEGATO ET QUAE POSTEA ACCEDUNT AD LEGATARIUM PERTINENT (Ulpien, lib. XV, ad. Sab., fr. 21. D. leg. 30) c'est-à-dire que les *singula capita* sont absorbés par le COMPLEXE (le troupeau) comme ses éléments, *familia servorum* n'est pas le complexe mais seulement les *plures*, un groupe qui commence et qui finit avec les unités qui le composent : SI CHORUS VEL FAMILIA LEGETUR, PERINDE EST QUASI SINGULI HOMINES LEGATI SUNT. (Celse, lib. IX, Dig. fr. 79 pr. D. leg. 32). Evidemment, au cas du legs de l'usufruit d'une FAMILIA, ce dernier lui aussi ne s'établit que sur chaque esclave en particulier. C'est justement pour cela que le part doit être légué expressément. Familia non suppletur ex agnatis, fami-

lia ex agnatis augetur. *Partus quamquam fructus esse non existimantur augent tamen hereditatem.* (Fr. 27 pr. D. 5. 3.).

2° Nous avons analysé la conception de familia sous le point de vue du rapport qui existe entre elle et les esclaves qui la composent. Il nous reste à élucider une question non moins importante. COMMENT CONCEVAIT-ON LA PROCRÉATION DE PARTS AU SEIN D'UNE FAMILIA ?

Il est intéressant qu'Ulpien, bien que l'esclave n'ait point de IUS CONUBII, considère son CONTUBERNIUM comme un état durable et qui ne doit pas être rompu. En cas de legs de l'instrumentum instrumenti fundi, lequel comprend l'esclave maritus, le legs de la conserva, que le jurisconsulte appelle même uxor, et de leurs enfants sera présumé : les enfants donc sont liés avec le père et la mère, et non avec la familia. *Uxores quoque et infantes eorum, qui supra enumerati sunt, credendum est, in eodem villa agentes voluisse testatorem legato contineri ; neque enim duram separationem iniunxisse credendus est* (fr. 12, § 7 D. 33. 7., lib. XX ad. Sab.) *Contubernales quoque servorum id est uxores, et natos instructo fundo contineri verum est* (§ 33 eod).

Cette conception du contubernium comme un état durable n'est pas isolée. Plusieurs inscriptions l'attestent. Nous allons en citer quelques-unes recueillies par Costa dans son excellent passage consacré à la famille naturelle de l'esclave (1).

Petronia secunda sibi et Flavio Aug. vilico... CONIUGI PIEN-
TISS. CUM QUO VIXIT ANN. XL *sine querella et* FLAVIO FILIO (C.
I. L. XI 8676) ; CONSERVAE CUM VIXIT ANN. XXXII (XI. 4840).

(1) Storia del diritto romano privato. Torino 1925, p. 128 sqq, surtout note 5.

Epitynchanî *Caes. n. ser. fecit* CAPITOLINA EIUS CONIUGI BENEMERENTI CUM QUO VIXIT ANN. XXII (VI. 17244) ; *fecit Heracla conservos* CONIUGI B. M. CUM QUA ANN. XXXXV *vixit*. (Mem. dei Lincei. Cl. di scienz. mor. 1884, p. 228, iscr. di Roma).

M. Soltau (1) affirme même qu'à la période impériale il était permis aux esclaves de se marier valablement au point de vue juridique. C'est un peu exagéré, mais l'idée de mariage des esclaves a été tellement ferme dans la conscience des Romains au temps d'Ulpien et de Paul, que le mariage (dans le sens commun et non pas juridique) entre une ingenua et un esclave ne les étonnait pas. Après la suppression par Hadrien de la règle du senatusconsulte Claudien sur l'état des enfants nés de ce commerce (Gaius I, 84) les choses pouvaient bien se passer de la sorte. Voici un texte curieux de Paul qui en témoigne. L'ouvrage d'où il est tiré, montre que le fait a eu lieu dans la vie.

Paulus, lib. VII resp. (fr. 27. D. dep. v. cont. 16. 3).

Lucius Titius cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit, cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea nulla denuntiatione a domino facta pater decessit, mox et Pamphilus servus : quaero, qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.

Le texte est intéressant justement au point de vue de l'union conjugale d'un esclave avec une femme libre. Que Seia soit

(1) Humanität und Christentum in ihren Beziehungen zur Sklaverei, dans *Neue Jahrbücher, f. d. Klas. Alterthum*, 1908, p. 343 (la référence de M. Costa (l. c. 128, n. 5) à la page 335 est erronée).

une femme libre, cela est évident. La première ligne du texte le témoigne, et l'expression *nulla denuntiatione a domino facta* le confirme : il s'agit évidemment de la règle du *senatusconsultum Claudianum* rapportée par Gaius (I. 91). Attribuer une portée générale à ce texte et dire que les juriconsultes sont d'accord pour voir dans l'*ACTIO DEPOSITI DE PECULIO* le moyen de reprendre la *quasi-dos* dans le cas de dissolution de l'union conjugale des esclaves comme le fait Costa (1) est, semble-t-il, une erreur. Les textes de Proculus et d'Ulpien que nous allons citer plus bas ne peuvent pas être comparés avec le texte cité. La réponse de Paul vise les particularités de l'espèce à lui présentée ; Seia étant héritière de Lucius Titius, qui a remis la « dot » en qualité de dépôt à son conjoint. Et comme celui-ci était esclave, l'héritière a pu exercer l'action de pécule *EX CAUSA DEPOSITI*, l'esclave lui-même étant mort. Il ne s'agit juridiquement que de l'application de l'*actio adiecticiae qualitatis* dans une espèce fort curieuse.

Quant à l'usage de constituer la « dos » dans le cas de *nuptiae* d'une esclave avec son futur conjoint, c'est une chose toute différente. Nous possédons deux textes placés par les compilateurs au titre *DE IURE DOTIUM*. Presque deux siècles séparent les auteurs, et la solution de Proculus diffère profondément de celle d'Ulpien. Il est vrai que le texte de Proculus vise le mariage d'une esclave avec un homme libre, mais le trait commun tout de même existe entre les deux textes. C'est l'hypothèse de l'affranchissement et de l'influence de ce fait sur le sort juridique de la *quasi-dos* par rapport à la quasi-épouse. Ils peuvent donc être comparés.

(1) L. c. 129.

Proculus, lib. VII épist. (fr. 67. D. 23. 3).

Proculus nepoti suo salutem. Ancilla quae nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit sive sciat se ancillam esse sive ignoret, mansit eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur, nisi forte usucapta est, nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit, itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per conditionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicat eam.

L'espèce est inverse de celle résolue par Paul. La solution est très logique au point de vue juridique. Quand la femme esclave devient libre, elle ne peut pas changer la CAUSA de la pecunia remise en qualité de dot. Son ancien propriétaire ou tout autre personne à qui cette pecunia appartenait, peut l'évincer.

Ulpien donne la solution où la logique implacable de la loi sera modérée.

Ulpianus, lib. XXXIII ad. Ed. (fr. 39 pr. D. 23. 3)

Si serva servo quasi dotem dederit, deinde constante coniunctione ad libertatem ambo pervenerint peculio eis non adempto et in eadem coniunctione permanserint, ita res moderetur, ut si quae ex rebus corporalibus velut in dotem tempore servitutis dotis exstiterint, videantur ea tacite in dotem conversa ut eorum aestimatio mulieri debeatur.

Les idées à retenir de ce texte sont :

1° L'usage de constitution des biens en qualité de dos dans l'espèce devait être plus répandu qu'au premier siècle.

2° Si les écrivains agronomes ne s'intéressaient qu'à l'augmentation des fortunes en recommandant d'adjoindre les *conservae* aux esclaves des villas, la solution d'Ulpien vise

leur propre intérêt. La solution est faite expressément pour modérer les conséquences trop rigoureuses de la logique juridique.

3° L'affranchissement ne provoque pas de changement de nature juridique des biens quasi dotaux, selon Proculus. Le même fait produit l'effet juridique, selon Ulpien. La différence des espèces envisagées n'a pas d'importance, l'hypothèse à résoudre reste la même puisqu'il s'agit dans les deux textes de la femme esclave qui a remis certains biens en qualité de dot, et qui a été affranchie plus tard. Quel sera le sort de ces biens par rapport à la femme ? Nous savons la réponse de Proculus. Celle d'Ulpien est de beaucoup plus fine. Il fait la distinction entre les RES CORPORALES et les droits abstraits (créances par exemple). Seulement, les choses corporelles qui étaient présentes comme dotales lors de la servitude sont visées par le jurisconsulte. Elles étaient remises VELUT IN DOTE. C'était donc un état de fait. Cependant, avec l'affranchissement ce fait acquiert l'importance juridique, et les choses, qui représentent physiquement l'illusion de la dot, deviendront la dot réellement IPSO IURE.

4° Proculus envisage le problème en connexion avec l'hypothèse du divorce. C'est là que la prétention éventuelle de la femme peut se faire jour. Ulpien ne mentionne point le divorce, comme s'il avait la conception de la pherné hellénique (1).

En tous cas, le texte témoigne de la pénétration fine et pleine d'attention envers l'hypothèse de la coniunctio servorum et de ses effets juridiques.

(1) Cf. son fr. 3, § 5 D. 44 et le fr. de Triphoninus. 75 D. 23. 3.

Le mariage des esclaves qui était déjà un état stable, est devenu un état beaucoup plus nuancé qu'auparavant. Plusieurs inscriptions attestent le caractère nuancé des relations conjugales, qui ne pouvaient rester sans influence sur l'idée du caractère individuel de ce lien. En voici quelques-unes gravées sur les pierres funéraires.

C. I. L. VI, 9118. *Aeternam tibi sedem Hermes aramque dicavi Nice optassemque utinam tua fata superstes ut mihi tu faceres* ; 9499. *Casta pudens, volgei nescia, feida viro* ; VIII, 13134. *Severa Aug. serva fui obeodiens caro sponso, cuius mores timida semper castitatem huiusque caritatem servavi. Quia etenim is a me merebatur qui me tam caste diligebat* ; XI, 2, 6078. *Regilla annorum XIX Quartionis Fulloni vicaria quae ut vix nulli dedi dolorem, nonlebam esse acerbis at inferos quae at superos dulcis fui* ; Mem. dei Linçeei, Cl. di scienz mor. 1886, p. 135 (inscr. de Sulmona) ; *Primitius Fadilles ser. Pauline conservae quem suscepi annorum XI et vixit mecum ann. XXVIII quaei parem gratiam referre non potui in tanta simplicitate.*

Plusieurs inscriptions attestent qu'on appelait souvent les époux comme le fait Ulpien (fr. 12, § 7 D. 33. 7 ; fr. 33 eod.) Uxor et Maritus (1). Nous rencontrerons aussi les dénominations COLLIBERTA ET CONIUX ou COLLIBERTA ET UXOR, ou MATER ET COLLIBERTA, FILIUS ET COLLIBERTUS, FRATRES COLLIBERTI (2).

T. Flavio Thalo fecerunt bene merenti LIBERTO Fulvia Euticia et Claudia Felicitas PATRI (Notizie degli sc. d. An. 1887, p. 77) ; Cosconia Ol. Chreste... Valeria M. l. Secunda FILIA fecit (Notizie cit. 1909, p. 459).

(1) Costa, l. c. 128, n. 5.

(2) Costa, l. c. 130, n. 7.

Nous voyons toutes les dénominations possibles de la parenté naturelle qui acquérait, semble-t-il, la valeur juridique après le coaffranchissement. En tous cas, Scévola fait valoir ce lien dans une solution, et son effet est important. Dans l'espèce envisagée par le texte (fr. 4, § 2 D. leg. 32 ; lib. XXII Dig.) ce lien fait prévaloir la disposition du codicille sur celle du testament même. Dans les codicilles, le testateur a manifesté sa volonté de façon suivante : « Je lègue à tous mes *liberti* que j'ai affranchis vivant, ou par ces codicilles, ou que j'affranchirai plus tard, leurs contubernales, de même leurs fils et leurs filles, excepté ceux et celles que j'ai voulu faire appartenir à mon époux par testament ou que j'ai légués *nominatim*, ou j'aurai légués à celle-là. » Ensuite, le testateur a réclamé de ses héritiers qu'ils restituent à son époux les biens-fonds du côté d'Ombrie, de Tuscia et de Picenum avec tout ce qui s'y trouverait, avec les esclaves rustiques et urbains et avec les administrateurs, excepté ceux qui seraient affranchis. Tout était, paraît-il, prévu, et tout de même après la mort du testateur une question embarrassante surgit à propos de deux esclaves. Je citerai cette partie du texte en original : *quaesitum est, cum Eros et Stichus servi in diem vitae testatoris in Umbria, in Piceno actum administraverint, sint autem Damae, quem testator vivus manumiserat, filii naturales utrum eidem Damae ex verbis codicilli ab heredibus praestandi sint, an vero ad Seiam uxorem ex verbis epistulae pertineant. Respondit, ex codicillis ad patrem eos naturalem pietatis intuitu pertinere.*

Les expressions relevées et la manière de traiter les questions liées avec la *coniunctio* des esclaves par des juriconsultes, permettent de comprendre mieux la situation du parti, dans ce sens que SES LIENS AVEC LES PARENTS NATURELS SEMBLIENT D'AUTANT PLUS FORTS QUE LES LIENS AVEC LA FAMILIA QUE

CELA MÊME EXCLUT TOUTE IDÉE DE L'ANALOGIE AVEC LE FÉTUS EX GREGE.

3° Nous sommes donc arrivés à la conclusion que le fait économique, la possession des grandes masses d'esclaves concentrées dans les mains des riches a poussé Ulpien à faire subir au problème un nouvel examen. La question était posée autrement qu'elle ne l'était auparavant. Mais le concept de la FAMILIA d'un côté et la conception de la procréation des enfants esclaves par rapport à la famille naturelle de l'autre ont fourni le nouveau principe à la théorie de la règle, et Ulpien resta fidèle à l'ancienne formule.

Il va sans dire qu'au temps d'Hadrien ou d'Antonin le Pieux, les familiae n'étaient pas moins nombreuses, mais Julien expose, dans le Digeste, une théorie irréprochable sur le PARTUS ANCILIAE, malgré qu'il emploie le terme PARTUS ANCELLARUM, donc, sans se soucier des rapports de ce dernier avec la familia. De plus, ce fait économique existait déjà depuis longtemps. Comment donc n'avait-il pas attiré l'attention. Nous ne voulons insister dans ce chapitre que sur les éléments qui ont rapport à la conception d'Ulpien. La réponse sur la question du « comment » historique ne peut être, à notre avis, donnée que quand les éléments essentiels de sa théorie seront éclairés de différents côtés. La reconstitution du processus fort compliqué, et qui se caractérise souvent par l'entrecroisement d'idées contradictoires, sera tentée dans les chapitres consacrés essentiellement à l'aperçu historique. Bien que nous risquons de nous répéter, cette méthode nous semble plus commode et plus susceptible de nous éviter des confusions et de rendre plus claire la réalité du devenir historique. Pour le moment, contentons-nous donc de retenir qu'Ulpien seul a posé la question de la sorte.

§ 10

Spécialisation des esclaves d'après les genres de services.

Familia rustica et familia urbana. Critères quantitatif et qualitatif de la périodicité. Entrecroisement des considérations de la politique civile et de l'éthique. Transposition du fr. 68. Théorie de ce texte en langage moderne.

1° Il reste encore une question que nous avons posée à la fin du paragraphe 8. La construction juridique des fruits, comme rapport personnel relatif — revenu d'une unité économique perçu par l'ayant-droit — absorbe les particularités objectives des choses qui, en l'espèce, constituent les éléments de ce revenu (les produits en nature), puisque de ce point de vue, ce ne sont plus les choses elles-mêmes qui importent, mais uniquement leur valeur économique. Ce n'est pas dans les objets empiriques, mais dans leur valeur, réalisée, *salva substantia* de l'unité économique (du capital) par l'ayant-droit, que consiste le *FRUCTUS*.

Ulpien a un grand sens pratique. Quelque tentante que fût pour lui une théorie pour fonder sa solution, il ne l'aurait pas poussée jusqu'au bout, si elle n'avait été douée de critère pratiquement utile et juridiquement exact. La conception élevée de l'homme n'était pas le seul principe qui avait trouvé son expression dans le fr. 68. La théorie est grosse des très graves considérations de la *politique civile* (1) qui la déter-

(1) Politique dans le domaine du droit civil.

minèrent dans sa forme définitive à la période classique. La réglementation juridique d'une économie (Wirtschaft) rationnelle était le champ où la notion juridique abstraite de *FRUCTUS* s'accordait avec le critère du fr. 68 qui sert de fondement pour la règle excluant le part de cette catégorie.

Dans l'économie d'un riche Romain, les esclaves étaient employés à différents genres de travail, en se spécialisant en vue des fonctions déterminées. Cicéron (in Pison. 27. 67) parle avec une nuance de dédain du cumul des deux fonctions par un esclave : *nihil apud hunc lautum nihil elegans : servi sordidati ministrant, nonnulli etiam senes : idem coquus idem atriensis*. Des fonctions comme celle de *TRICLINARCHA* qui était préposé à la table pour l'arranger, de *STRUCTOR*, qui arrangeait savamment les mets, de *COQUUS*, étant donnés les goûts raffinés des maîtres et leurs caprices, rendaient nécessaire une formation spéciale : il n'était pas très facile de remplacer un esclave par un autre. Au même degré, sinon davantage cela est vrai, des secrétaires, des lecteurs, des pédagogues, des *DELICATI* de toute sorte, des scribes, des bibliothécaires (1), des histrions, des mimes, etc... (2). Il n'était pas toujours facile de trouver sur le marché des esclaves formés pour telle fonction déterminée. Par conséquent, il était utile d'élever les enfants nés dans la maison ou d'acheter de esclaves afin qu'ils achètent des jeunes gens, les élèvent et

(1) Cf. Grevs. Essai sur l'histoire de la propriété foncière à Rome. T. I. Saint-Petersbourg 1899 (en russe), p. 278. Corn. Nepos (Att. 13. 3). Drumann dans sa volumineuse *GESCHICHTE ROMS IN SEINEM UEBERGANGE...* cite les noms des esclaves de Atticus qui sont devenus célèbres. (T. V, 66-67). Blümner, l. c. 286, n. 6.

(2) Vers le temps d'Apulée de nouvelles fonctions ont apparu, comme conséquence de l'accroissement considérable du nombre des esclaves en général. Norden, *Apuleius*, p. 71. A la page 72 l'auteur donne la liste impressionnante des fonctions des esclaves dont Apulée fait mention dans son œuvre littéraire.

jeunes esclaves pour leur faire apprendre les différents métiers. Caton l'ancien, par exemple, donnait de l'argent à ses puis, les revendent avec profit (1). Dans les maisons riches les *coci*, les *CUBICULARII*, par exemple, composaient même une classe spéciale sous un chef appelé *SUPRA COCOS* ou *SUPRA CUBICULARIOS* (2). C'étaient vraiment des métiers, qu'on exerçait, même après l'affranchissement. Voici une inscription funéraire des deux conjoints qui le démontre :

C. I. L. VI. 9263	ADRASTVS	SOPHE
	LIBERTVS	ADRASTI
	COCVS	COCI.I
		VXOR

Jusqu'ici nous n'avons parlé que de la *FAMILIA URBANA*. Dans la *FAMILIA RUSTICA* la spécialisation n'était pas moindre. Il y a d'abord le *VILICUS* qui est préposé aux *MAGISTRI OPERUM* (ou *magistri singulorum officiorum*), et à côté du *villicus*, un personnage indispensable et que nous avons pu rencontrer dans la famille urbaine aussi — le *DISPENSATOR* (fr. 166 D. 50. 16).

Les deux offices demandaient une science et une expérience spéciales : *Ergo, ut vilicus naturam agri novit, dispensator lit- teras scit, uterque autem se a scientiae delectatione efficiendi utilitatem refert...* (Cic. de rep. V. 3. 5). Le *magister singuli officii* subordonné au *villicus* commande à son tour les OPE-

(1) Marquard, l. c. 139 sqq. Les habitudes de Caton étaient celles d'un ménager romain des temps antiques. Etant très bon pour ses esclaves et très rude en même temps (Cf. Blümner, l. c. 287, n. 2) il ne visait que son profit.

(2) Cf. C.I.L. VI. 3954, 3955, 9261. Une curieuse inscription mentionne même une fonction particulière *SCRIBA COCORVM*, ibid. 9262 : *D. M. S. Valeriae Epiconae coniugi d. m. F. AEL EPHRODITVS SCRIBA COCORVM*. Les repas des nobles étaient si compliqués que les maîtres-maîtres avaient besoin d'une chancellerie.

ARIUM. Les bergers, **ARMENTARIUM**, **CAPRARIUM**, **SUARUM**, chaque groupe composé de spécialistes, sont subordonnés, de la sorte, au **MAGISTER PECORUM**. Le haras est régi par son propre magister, **EQUITIARIUS**. Le **VINITOR**, comme maître des vignobles, a sous lui toutes sortes d'**operarii**, familiers avec la viticulture : **SAutores**, **VINDEMIATORES**, **HAUSTORES**, etc... **HORTULANUS** ou **supra hortos**, **TOPIARIUS**, sont dressés spécialement pour la culture des arbres fruitiers (1). Telle était la spécialisation. Il est superflu d'approfondir davantage la question.

2° Maintenant il faut faire attention à l'importance de la *familia rustica* qui, par rapport à notre sujet, dépasse de beaucoup celle de la *familia urbana*. Cette dernière est le produit de la *luxuria* libérée de tout frein, et n'est destinée qu'à assouvir les caprices personnels du maître. Au contraire, la *familia rustica*, comme le mobilier vif du domaine rural, a une haute valeur économique. Les esclaves urbains qui se trouvaient toujours dans la compagnie de leurs maîtres jouissaient, le plus souvent, d'une situation privilégiée, mais par contre, ils s'appartenaient à eux-mêmes beaucoup moins que ceux qui *in fundo perpetuo manent*. Les soins des propriétaires à compléter régulièrement le patrimoine par des jeunes esclaves étaient voués principalement à la famille rustica. Il s'agissait surtout de l'accroissement du mobilier vif d'un bien-fonds (du CAPITAL) qui contribuait à faire accroître le revenu. Le propriétaire jugeait utile que les *pastores qui in saltibus sunt*, eussent une *conserva quo facilius ad greges pastores retineant et PUERPERIO FAMILIAM FACIANT MAIOREM et REM PECUARIAM FRUCTUOSIOREM* (Varro, de r. r. 2

(1) Marquardt, l. c. 139 sqq.

1. 26). Les expressions de Varron sont parfaitement exactes, mais pas seulement pour son époque. Les concepts qu'elles esquissent s'affirmeront encore davantage deux siècles plus tard. La spécialisation des esclaves est provoquée par des motifs d'ordre économique. Elle se reflètera ailleurs. On prend en considération les propriétés psychiques et physiques individuelles de l'esclave du point de vue de son aptitude pour tel ou tel genre d'activité (1).

La nature du rapport de l'esclave avec le *praedium* (*rusticum* ou *urbanum*) change suivant sa spécialité. Nous verrons qu'à part la famille urbaine et rustique proprement dites, il y a une quantité d'esclaves qui mènent une vie presque indépendante en exerçant différents métiers, et qui ne se rencontrent avec leur maître ou ses administrateurs qu'au moment où ils apportent leur « cens » ou veulent racheter leur liberté. Le plan de l'exploitation économique du domaine, dressé par le propriétaire (ou tout autre personne qui en a le droit) joue le rôle décisif pour déterminer le rapport de

(1) Nous citerons le passage bien connu de Columelle (I. 8) qui est très caractéristique dans ce sens : *Proxima est cura de servis, cui quemque officio proeponere conveniat, quosque et qualibus operis destinare. Igitur praemoneo ne villicum ex eo genere servorum, qui corpore placuerunt, instituamus : ne ex eo quidem ordine, qui urbanas ac delicatas artes exercuerit... Eligendus est rusticis operibus ab infante duratus, et inspectus experimentis... Mediae igitur sit aetatis et firmi roboris... certe maximae curae, quo celerius addiscat... 9. Dicendum etiam est, quibus operibus quemque habitum corporis aut animitribuendum putemus. Magistros operibus oportet praeponeere sedulos, ac frugalissimos... quoniam id ministerium custodiae diligentis et artis officium est. Bubulco quamvis necessaria non tamen satis est indoles mentis, nisi eum vastitas vocis et habitus metuendum pecudibus efficit... Sed quae sint magistrorum munia quaeque bubulcorum, suo loco repetam... Vineae non sic altos, quemadmodum latos et lacertosos viros exigunt... minus in hoc officio frugalitatem requirit... plerumque velocior animus est improborum hominum, quem desiderat huius operis condicio ; non solum enim fortem sed et acuminis strenui ministerium postulat... Separandi sunt aratores a vinitoribus... iique a medias-*

l'esclave avec le praedium : Cui fundum instructum legaverat, nominatim mancipia legavit ; quaesitum est, an reliqua mancipia, quae non nominasset, instrumento cederent. Cassius ait, responsum esse, tametsi mancipia instructi fundi sint, tamen videri eos solos legatos esse, qui nominati essent ; quod appareret, NON INTELEXISSE PATREMFAMILIAS, INSTRUMENTO QUOQUE SERVOS ADNUMERATOS ESSE. (Paul, lib. II ad. Vit. fr. 18, § 11 D. 33. 7) ; Celsus scribit, servis, qui in fundo morarentur, legatis vicarios eorum non contineri, nisi appareat, et de vicariis eum sensisse. (Ulpien, lib. XX. Sab. fr. 12, § 44 D. 33. 7).

Très souvent ce rapport est déterminé suivant l'opinion courante, suivant, pour ainsi dire la coutume (non pas dans le sens technique). Celle-ci fait valoir le lien qui s'établit entre les fonctions de l'esclave et la destination économique du praedium. Les jurisconsultes semblent approuver l'usage quand ils énoncent : Instrumento balneario legato etiam balneatorium contineri Neratius respondit, continetur et fornacator (fr. 13, § 1, fr. 14. D. 33. 7. Paul, lib. IV Sab.).

Il y a encore des esclaves, peu nombreux aux II^e et III^e siècles (1) en Italie qui, bien qu'ils soient très étroitement liés avec la vie agraire d'un fundus, ne seront pas compris dans son instrumentum. Ce sont les esclaves colons (2). Un texte juridique intéressant se trouve dans le Digeste.

(1) Rostovtzeff, l. c., p. 545, n. 5. Cf. plus bas notre § 21, note.

(2) L'apparition des esclaves colons est liée, à notre avis, avec la prédominance au II^e et III^e siècles des petits ménages de paysans, comme trait frappant de la vie agraire — fait dont M. Heiland (l. c.) a recueilli tout récemment des témoignages impressionnants. Cf. aussi Kornemann dans Pauly-Wissowa. Suppl. T. IV, p. 103 sqq et ailleurs, p. 240 sqq. A peine avons-nous commencé l'étude spéciale consacrée à des inscriptions de l'Italie concernant la vie agraire à la période impériale que des traits forts curieux se sont présentés justement

Ulpien, lib. XX ad. Sab. (fr. 12, § 3 D. 33. 7).

Quaeritur an servus, qui quasi colonus in agro erat, instrumento legato contineatur. Et Labeo, et Pegasus recte negaverunt, quia non pro instrumento in fundo fuerat, etiamsi solitus fuerat et familiae imperare.

Le fait que l'esclave demeure sur un ager ne suffit pas, par conséquent, pour qu'on le considère comme instructus. Tout dépend ici du plan général économique. Il y a des cas, donc, où l'esclave sera détaché à l'ager et, tout de même, sera considéré comme instrumento fundi contentus : *servi si aliqua parte anni per eos ager colitur, aliqua parte in mercedem mittuntur, nihilo minus instrumento continentur* (fr. 12, § 8 eod). C'est seulement quand le métier de l'esclave absorbe tout son temps et que celui-ci, demeurant dans une villa, n'est néanmoins occupé que de son art, que l'esclave est exclu de l'instrumentum : *Servum... arte fabricae peritum, qui annuam mercedem praestabat, instrumento villae non contineri*. (Fr. 19, § 1 D. eod. Paul, lib. III. Resp.).

Citons encore un texte où il s'agit du praedium urbanum. Le principe y reste le même.

à propos des esclaves colons. Seeck dans Pauly-Wissowa IV, 487 sqq cite des témoignages fort intéressants sur la question. Néanmoins, le besoin se fait sentir d'une étude spéciale des inscriptions italiques annoncé tout récemment par M. Rostovtzeff (l. c. 545). En se confiant à sa pénétration habituelle l'éminent historien souligne le trait curieux que dans les inscriptions funéraires l'épithète COLONUS n'accompagne que des noms d'esclaves. Cette fois-ci l'affirmation doit être modérée (V. plus bas § 21, note où je cite quelques inscriptions déjà recueillies). M. Rostovtzeff mentionne en outre deux listes de noms gravées sur des tablettes de plomb et publiées en 1905 par P. Sticotti dans les Atti e Memorie de Soc. Istriana. 22. L'étude que j'ai entreprise ne sera achevée que longtemps après le présent ouvrage. Tout de même des matériaux déjà recueillis permettent, semble-t-il, de préciser quelques caractères spéciaux concernant l'histoire de notre sujet. Pour des considérations mentionnées déjà, j'y reviendrai dans les chapitres consacrés à l'aperçu synthétique de l'histoire du problème.

Paulus, lib. IV ad. Sab. (fr. 13 pr. eod.).

Tabernae cauponiae instrumento legato etiam institores contineri, Neratius existimat : sed videndum, ne intra instrumentum tabernae cauponiae et instrumentum cauponae sit discrimen, ut tabernae non nisi loci instrumenta sint, ut dolia, vasa, ancones, calices, trullae, quae circa coenam solent traieci, item aereae, et congiaria, sextaria, et similia, cauponae autem, cum negotiationis nomen sit, etiam institores.

Paul fait une analyse plus pénétrante, et l'idée générale y est plus saisissable que chez Neratius. L'Institor, d'après Paul, est compris dans l'instrumentum de l'hôtellerie et non pas du buffet de l'hôtellerie puisque : 1° l'entreprise est attitrée comme hôtellerie ; 2° taberna est elle-même *cauponia*, et son exploitation n'a qu'une importance secondaire ; 3° tandis que les institores sont les gérants de l'entreprise entière.

Donc, le rapport de l'esclave avec l'instrumentum d'un *prae-dium*, soit un *ager*, soit une *negotatio*, est déterminée d'après ses capacités, dans le sens de l'accomplissement des fonctions qui lui incombent et d'après le plan économique prévu par le propriétaire.

3° Cela nous met face à face avec la question du rapport de l'INSTRUMENTUM d'une unité économique et de son FRUCTUS. Entre ces deux notions juridiques il y a une stricte interdépendance. Une seule et même chose peut être in instrumento ou bien EXTRA instrumentum, suivant le mode dont elle est traitée par l'ayant-droit d'après le plan d'exploitation de son bien : *De grege ovium ita distinguendum est, ut, si ideo comparatus sit, ut ex eo fructus caperetur, non debeatur ; si vero ideo, quia non aliter ex saltu fructus percipi poterit, contra erit, quia per greges fructus ex saltu percipiuntur.*

(Paul, IV Sab., fr. 9 eod). De là il appert que l'*instrumentum* ou plutôt INSTRUMENTO CONTINERI est une notion juridique de caractère relatif qui ne dépend que de la destination économique donnée par l'ayant-droit à sa chose. Cela se fait jour parfois dans le caractère objectif du bien principal et du mobilier qui en relève ou non. Cependant, ce caractère objectif lui-même dépend de la manière d'exploitation, de l'arbitraire du propriétaire, qui décide si la chose (grex par exemple) sera destinée à produire un revenu (EX RE), ou bien, si elle sera adjointe à une autre, comme mobilier auxiliaire, pour que le revenu de cette nouvelle unité composée en soit tiré PER REM. Les passages cités plus haut qui concernent les esclaves et les conclusions qui s'en dégagent, s'accordent pleinement avec cette définition. Donc, instrumentum c'est l'appareil économique destiné à tirer le revenu du praedium (resp. negotiatio) ou en général d'une chose quelconque (par exemple les médicaments et instruments de chirurgie d'un servus medicus).

Remarquons que les passages du Digeste, où se trouve la théorie développée et très fine de l'*instrumentum* sont d'Ulpien et de Paul.

Pour en finir avec la question et conclure ce chapitre, passons en revue trois textes d'Ulpien tirés du livre 20 ad Sabinum. Le premier est très concret — il parle de l'ensemble des choses empiriques et c'est tout : INSTRUMENTUM EST APPARATUS RERUM DIUTIUS MANSURARUM [sine quibus exerceri nequiret possessio] (1) (fr. 12 pr. eod.).

Le second texte laisse place à la conception abstraite de

(1) Les mots mis en parenthèses, M. Beseler les tient pour interpolés. Beitrage. Cahier 3, p. 129.

l'*instrumentum* relevée plus haut : *IN INSTRUMENTO FUNDI EA ESSE QUAE FRUCTUS QUÆRENDI, COGENDI, CONSERVANDI GRATIA PARATA SUNT*, *SABINUS LIBRIS AD VITELLIIUM EVIDENTER ENUMERAT* (fr. 8 eod.). Sabinus, donc, a fait la liste des objets empiriques, dont Ulpien a déduit l'idée abstraite.

Il nous reste à analyser le troisième texte où les deux concepts se rencontrent et nous permettent de saisir la particularité du travail intellectuel d'Ulpien. Nous n'y insisterons pas ici, mais les traits que nous indiquons sont à retenir, puisqu'à la fin du chapitre suivant nous y reviendrons.

Sed an instrumenti instrumentum legato instrumento continetur quaeritur ; haec enim, quae rusticorum causa parantur, lanifacae et lanae [et] tonsores, et fullones, et focariae, non agri sunt instrumentum, sed instrumenti ; puto igitur, etiam focariam contineri, sed et lanificas et ceteros qui supra numerati sunt, et ita Servium respondisse auditores eius referunt (fr. 12, § 6 eod.).

On peut d'abord être presque sûr que Servius n'a point relevé cette subtilité technique, qu'a évoquée Ulpien (1). La théorie classique de l'*instrumentum* n'est élaborée définitivement et sa notion abstraite n'est précisée qu'à la fin du deuxième ou même au commencement du troisième siècle. Il suffit de lire le titre 7 du livre 33 pour s'en rendre compte. Nous avons vu le passage où Paul, semble-t-il, accepte l'opinion de Neratius, mais il l'accepte d'une façon particulière, *SED VIDENDUM*, et, en réalité, il modifie complètement la théorie — la solution restant la même. Servius croyons-nous, a énoncé que les tonsores, etc... sont compris dans l'*instrumen-*

(1) Cf. § 5 eod. Trebatius, etc...

tum, et c'est parce que le résultat pratique coïncide avec la théorie d'Ulpien que celui-ci dit *ET ITA SERVIVM*, etc... C'est un exemple de la méthode habituelle de manier les citations des *veteres* dont nous avons parlé plus haut.

La distinction de l'*instrumentum instrumenti* aurait pu naître dans la conscience du jurisconsulte, seulement s'il avait eu l'idée de l'*instrumentum* comme d'une notion relative et changeante suivant le plan de l'exploitation. En effet, quelle est l'espèce envisagée ? Voilà le premier élément : l'*ager* exploité ; ensuite, le second : ce que Ulpien appelle *instrumentum fundi*. Selon sa propre définition, c'est l'*apparatus rerum*, etc... ou *OMNIA EA QUAE*, etc... Nous allons voir qu'en réalité dans sa conscience, l'une et l'autre idée existent simultanément et se recouvrent l'une l'autre. Suivons avec attention phrase par phrase. La proposition *HAEC — PARANTUR* et la suivante *LANIFICAE — INSTRUMENTI*, sont les deux propositions principales : *HAEC QUAE* — l'objet du travail des *lanificae*, etc... Comme *instrumentum* figurent donc les *rustici* : Ce doivent être, sans doute, des esclaves *operarii*, *magistri operum*, etc... Comme ils doivent être habillés, nourris, il y a un personnel qui s'en occupe. Il l'appelle *instrumentum instrumenti*. Mais Ulpien hésite : si c'est une notion relative, et non pas absolue, que l'instrument, comment donc pourrait-on introduire la sous-distinction. Et, en réalité, pratiquement c'est incommode, car *lanificae*, *tonsores* et *fultones* servent non seulement pour habiller la *familia*, mais pour mettre en marche l'exploitation du bien-fonds même, alors ils sont l'*instrumentum* du *fundus* aussi bien que de son instrument. Mais voici la *focaria* — la cuisinière qui a un rapport direct seulement avec les *rustici* pour lesquels elle pré-

pare les repas. Alors il dit : *puto igitur ETIAM FOCARIAM contineri*. Le *IGITUR* paraît une *petitio principii*, car c'était justement la question posée à laquelle s'attache igitur comme au fondement. La présence des *lanificae*, *tonsores*, implique l'idée que dans ce fonds il y avait aussi des animaux et, peut-être, en parlant des *lanificae*, Ulprien voulait dire qu'ils étaient l'instrument non pas du *ager*, mais du *pecus*. Nous voyons donc qu'en parlant de l'*instrumentum*, il a une conception abstraite mais animée par des images vives des êtres empiriques qui le représentent (1). Il faut avouer que cette confusion ici n'était point heureuse et la théorie en a souffert. La solution néanmoins est très exacte et heureuse. Le sentiment des réalités l'a sauvé. Le sens pratique a prévalu.

Dans un autre texte, les considérations pratiques ont fait qu'Ulprien a, paraît-il, renoncé à être théoriquement conséquent si d'ailleurs on peut se fier à ce passage qui est profondément retouché (2).

Ulpianus, lib. XX ad. Sab. (fr. 12 pr. eod.).

Quaesitum est, an frumentum, quod cibariis cultorum paratum foret instrumento cederet. Et plurimis non placet, quia [consumeretur, quippe] instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum [sine quibus exerceri nequiret possessio] ; accedit eo, quod cibaria victus magis quam colendi causa para[re]ntur. [Sed ego puto, et frumentum, et vinum ad cibaria paratum instrumento contineri] (2) ; et ita Servium respondisse auditores eius referunt. Item nonnullis visum est, frumentum quod serendi causa sepositum est ins-

(1) Cf. Chapitre suivant (fin), *FRUCTUS UNIVERSITATIS*.

(2) Nous croyons avec M. Beseler que cette phrase a été interpolée, alors la théorie d'Ulprien serait irréprochable.

trumento contineri ; puto quia [et instar culturae esset, et] ita consumitur, ut semper reponeretur ; sed causa seminis nihil a cibariis differt.

Nous avons mis entre paranthèses les phrases que M. Bessler tient pour interpolées. Seulement la dernière, qu'il a proposé de rayer, ne doit pas l'être, à notre avis. Nous proposons de rayer les mots ET INSTAR — ET, mais de laisser PUTO QUIA — REPONERETUR. Si l'expression « instar culturae » évoque les soupçons, il n'y a, semble-t-il, aucune raison de rayer tout ensemble, la pensée y incluse s'accorde tout à fait avec la théorie d'Ulpien. Ce qui suit, donc, s'appuie sur les parties pures qui laissent en elles un ensemble assez harmonieux.

La question posée de savoir si les produits destinés à nourrir le mobilier vif du domaine entrent dans l'instrumentum, au fond ne provoque pas de doutes. Les *plurimi* ont théoriquement raison en donnant la réponse négative, mais le fondement APPARATUS RERUM DIUTIUS MANSURARUM ne devait point satisfaire Ulpien. Il est clair pour lui que le critère n'est pas conforme à la nouvelle théorie, née des conceptions capitalistes de la vie économique. Il ne suffit pas à lui-même. Et en même temps il ne peut pas nier que les CIBARIA sont destinés à être consommés et non pas à être employés directement pour tirer le revenu qu'ils représentent même. Ce sont des FRUCTUS IN BRUTTO qui, théoriquement, n'ont rien à voir avec l'instrumentum. Frumentum ad cibaria cultorum paratum, c'est, économiquement, les dépenses pour l'entretien du capital qui sont déduites de la recette brute. Alors, bien que le FRUMENTUM ne soit pas compris dans l'instrument — ACCEDIT NO. La solution est très importante pour l'économie du

domaine. Quant aux semences qu'on garde dans les greniers *serendi gratia*, les jurisconsultes prédécesseurs, qu'il appelle *nonnu'li*, sont d'avis que ces graines sont comprises dans l'*instrumentum*. Il admet la solution parce que ce blé est destiné à mettre en marche l'exploitation économique du domaine et il relève ce critère que les graines seront consommées pour être renouvelées aux nouvelles semailles. *SEP CAUSA SEMINIS NIHIL A CIBARIIS DIFFERT*. Le blé alimentaire se renouvelle aussi. Et, bien que les aliments pour l'entretien du mobilier *vif* n'y soient pas contenus, dans l'intérêt du fonctionnement régulier de l'économie, au cas du legs de mobilier *vif*, par exemple, ou au cas de restitution du bien-fonds par le possesseur de bonne foi au propriétaire, ils doivent être restitués par l'héritier (resp. possesseur de b. f.) au légataire (propriétaire). De même *FRUMENTUM QUOD SERENDI GRATIA* dans le cas de restitution du fonds lui-même — car, dans le cas contraire le cours normal de la vie sur le *praedium* serait troublé faute de moyens garantissant la possibilité de son exploitation. Ce sont justement les *FRUCTUS EXSTANTES* dont la prestation est imposée à un possesseur de bonne foi.

4° Nous avons vu comment les considérations économiques de l'exploitation régulière de la propriété foncière ont amené les jurisconsultes à compter les produits alimentaires dans l'*instrumentum*. La question se pose : comment se fait-il que l'augmentation de la population esclave, dont la périodicité (*ex tota familia*) déterminée par le grand nombre des esclaves, néanmoins *in fructu non numeratur*. Nous voulons dire, comment faut-il comprendre la conception théorique d'Ulpien dans son rapport avec les considérations de la politique civile. La question de la périodicité surgit pour la première fois là où il y a une *familia* nombreuse, dont l'aug-

mentation au moyen des naissances fait l'objet des soins spéciaux. De ce point de vue, une familia, quelque grande qu'elle fût, des esclaves qui sont au service des publicani, n'offre aucun intérêt, comme tout groupe d'esclaves auxquels, vu le caractère de leurs travaux, une *conserva* n'est pas adjointe. Il ne s'agit donc que de la familia rustica, d'une grosse propriété foncière dans le genre d'un praedium Cumanum, où un jour, soixante-dix partus naquirent. Par conséquent, la question se restreint. Pourquoi l'usufruitier d'un praedium pareil *locum in partu non habet*. Nous avons vu que les esclaves appartenant à la familia rustica, se divisent en deux groupes : ceux qui *continentur instrumento fundi*, et ceux qui, tout en demeurant sur le domaine, travaillent d'une manière indépendante, de sorte que le propriétaire en tire ses *reditus* à part, comme par exemple, d'un *servus arte fabrica peritus*. Ces derniers sont, juridiquement, individualisés, et l'usufruit d'un bien-fonds ne s'étend pas à eux. Restent les esclaves qui appartiennent au mobilier vif.

L'accroissement de ce groupe peut être périodique QUANTITATIVEMENT, mais non pas QUALITATIVEMENT. Nous avons vu avec combien de soins les agronomes romains (Varron, Columelle) examinent les particularités individuelles psychiques et physiques de l'esclave pour juger de son aptitude pour tel ou tel métier. Par conséquent, le problème de l'accroissement de cette familia se complique. Nous avons déjà dit : *familia non suppletur* dans le même sens que le grex. La situation est tout à fait différente : SUMMISSIO GREGIS implique le critère de quantité, et c'est tout. Le nombre des bœufs doit rester toujours le même ; c'est une *summissio corporum*. Ici c'est autre chose. Chaque esclave est considéré individuellement, par rapport à un genre d'activité et non par

rapport à la familia. Un partus n'est pas à priori remplaçable par un autre. L'évaluation purement quantitative, c'est-à-dire en argent du surcroît n'est point justifiable, puisqu'elle troublerait la régularité du plan économique. Pour qu'un esclave puisse être substitué à un autre, son éducation préparatoire exige quelquefois un temps considérable et, en outre, la présence de capacité.

Si l'usufruitier acquiert les parts, le propriétaire après l'extinction de l'usufruit risque de trouver sur son domaine le mobilier vif détérioré ou même dénué de valeur.

Voilà le point d'intersection des considérations économiques et théoriques. Le *fructus* est le bénéfice périodique perçu d'une chose SALVA SUBSTANTIA. Or, si les propriétés individuelles du partus ont de l'importance et elles en ont, la substance ne se retrouverait pas *salva*, lorsqu'il s'agit d'un *prædium instructum* par la familia.

L'idée que le contubernium de l'esclave est une relation durable qui crée les liens naturels entre le maritus, l'uxor et les infantiles, ce dont nous avons cité des témoignages juridiques et épigraphiques, se trouve de même en conflit avec une solution dans le sens inverse. Si c'est une influence d'ordre moral, elle est aussi importante que les considérations économiques, et l'idée individualisant les partus par rapport à la familia devait être tenace et convaincante.

On a souvent remarqué que les conseils humains qu'on rencontre dans les auteurs comme Sénèque, où les mesures prises par Hadrien étaient dictées, et en tout cas fondées sur des raisons d'utilité pratique. Il faut être humain avec les esclaves puisque c'est le moyen de tirer plus de profit de leur travail. Ne pas se rendre compte de l'importance des

biens de parenté naturelle, ce pourrait sembler une prodigalité. Au contraire, l'augmentation de la *fructuositas praedii*, était non seulement dans l'intérêt de ceux qui l'exploitent, mais dans l'intérêt public même. Voilà pourquoi le propriétaire favorise la procréation *AD AUGENDUM PATRIMONIUM*. Les parts augmentent le capital, *puerperio familiam faciunt maiorem et rem pecuariam fructuosiore*. On peut considérer le fr. 27 comme une disposition de politique civile, non pas comme une théorie juridique. On entretient les esclaves femelles comme les éléments de l'*instrumentum* et si la procréation joue un rôle, cela se produit à l'intérieur de l'*instrumentum*, et n'a aucun rapport avec le *praedium* et son revenu. Le plan d'exploitation — non *temere ancillae eius rei causa comparantur* — n'a rien à faire avec les naissances. Le fragment dit expressément *ANCILLAE* et non pas *ANCILLA* et considéré les *PARTUS* et même les *PARTUUM PARTUS* d'une *hereditas* — unité économique composée, la *familia servorum* y comprise.

Notons que les 35 premiers livres *ad Edictum* sont écrits déjà au temps de Sévère et Caracalla. Dans le livre XXXIII *ad Sabinum*, Ulpien cite son opinion antérieure qui se trouve dans le livre XXXV *ad Edictum*. Il est très probable que le livre XV de l'Edit duquel le fr. 27 est tiré, fut écrit avant le livre XVII *ad Sab.* (contenant notre fr. 68). Alors le processus de son travail sur la règle pourrait se bien comprendre. En composant le commentaire de l'Edit, le jurisconsulte expose les motifs politiques. Le problème attire son attention et quand il compose le traité de droit civil il crée la théorie dans la série analysée des solutions. Elle peut être transposée dans le langage moderne de la façon suivante :

LE PARTUS ANCILLAE N'ÉTANT PAS INDIVIDUALISÉ DANS LES RAP-
PORTS JURIDIQUES D'UNE FAÇON RELATIVE, COMME LES FÉTUS PECO-
RUM, MAIS D'UNE FAÇON ABSOLUE, NE RENTRE PAS DANS LA CATÉ-
GORIE DES FRUITS, CONSIDÉRÉS COMME UN REVENU QUANTITATI-
VEMENT PÉRIODIQUE PERÇU PAR L'AYANT-DROIT, LA SUBSTANCE DE
LA CHOSE FRUGIFÈRE RESTANT INTACTE.

CHAPITRE IV

Les fragments de Papinien concernant la règle et la caractéristique

§ 11

Vat. Fr. 65. Son sens pratique. Signification logique de l'expression *sicut partus*, qui fait comprendre l'opinion de Papinien sur le *partus*. Fr. 60 (58), § 4. Ad. Sclt. Trebel. Paul (et Neratius chez Paul) fr. 14 D. 22 1. Critère qualitatif et quantitatif des expressions « *sicut partus* » et « *nec fetus* » des passages cités à travers les phases de la construction juridique du « *fructus* ». Particularité de l'acception antique de ces phases.

1. *Equis per fideicommissum relictis ut fructus post moram fetus quoque praestabitur ; sed fetus secundus ut causa, sicut partus mulieris. Quod si gregem reliquit, vel morae actio supervacanea est cum fetus gregem relictum sequatur* (Fr. Vat. 65).

Ce fragment de Papinien, concis et riche de contenu, un vrai fragmentum praegnas, exige qu'on s'y arrête et qu'on tâche d'en débrouiller les fils liés en un nœud bien serré, d'autant plus qu'à première vue cette équation — *fetus sicut partus* — ne semble pas être en harmonie avec la théorie qu'on vient de formuler. Mais, en réalité, le fragment est son

expression logique. La signification pratique de ce texte est la suivante. Il s'agit du rapport juridique entre l'héritier et le fideicommissaire à qui le testateur a légué, par ce moyen, les chevaux. Quelles sont les conséquences dans le cas où *heres in mora est*. Le jurisconsulte répond : la *res praestanda* comprend :

1° Les *fructus* et les *fetus* (car les derniers, cela s'entend, sont englobés par le *fructus* dans le sens technique. Le mot *FETUS*, c'est clair, est employé ici non pas comme opposition, mais comme un mot expliquant la pensée dans le langage courant).

2° *Fetus secundus*.

Pourtant *fétus secundus* — la seconde progéniture i. e. la progéniture de la progéniture n'entre pas dans l'étendue de la notion *FRUCTUS*, au sens technique de ce mot, et est sujet à prestation pour d'autres raisons — *SICUT PARTUS ANCILLAE*. De ce point de vue sont intéressantes les raisons de fond de la situation exorbitante du *fétus secundus* dans le rapport juridique. Ces raisons, selon le jugement de Papienien, sont analogues à celles de la règle *partus*. Analysons le rapport.

L'héritier, en qualité de fiduciaire détient les *equi* comme capital et le *fétus* de ces *equi*, comme les fruits — le revenu de ce capital. A partir du moment, où il est en demeure, le fiduciaire est obligé à une prestation. L'objet de cette prestation est non seulement la *res* (*causa*) et les fruits, mais *omne lucrum ex re*, y compris les *fetuum fetus*, qui ne pourraient, par rapport au fiduciaire, être *in fructu* que si le *fetus primus* était considéré comme le capital conjointement avec les chevaux légués ; ce qui aurait signifié que ces derniers sont

envisagés comme le GREX. Or, dans l' « intentio » du fragment, le jurisconsulte pose explicitement la question du fideicommiss des chevaux (equi) et non pas d'un haras (equitium, polia). Dans ce dernier cas, l'actio morae serait superflue puisque la progéniture suit de plein droit le troupeau légué.

Soulignons que le rapport personnel de fiduciaire vis-à-vis du fideicommiss ne devient juridiquement important qu'au moment de sa demeure, la distinction des fruits et du capital devenant décisive pour déterminer la consistance de la prestation. Dans notre hypothèse, le fetuum fetus n'est pas immédiatement lié avec l'unité du capital comme ses revenus périodiques dont bénéficie le fiduciaire. Il découle du rapport de ce dernier aux equi, que le fetuum fetus sera une accession à part, sur la répétition de laquelle dans l'avenir la personne qui détient les equi comme capital, ne pourra plus compter. Papinien achève le fragment par l'observation que dans les cas de fideicommiss du troupeau, la situation du *fetus secundus* serait autre. Mais, comme dans l'hypothèse, dont il s'agit, le *fetuum fetus* est considéré par rapport aux EQUI et non pas au GREX (1), la règle déterminant son état juridique est construite par analogie avec celle du parius ancillae. Le partus est omni modo indépendant par rapport au groupe, au lieu d'y être absorbé. Il est individualisé d'une façon absolue.

Que l'expression SICUT PARTUS MULIERIS ait une significa-

(1) Cf. aussi le texte de Modestin, fr. 39 D. 22. 1. *EQUIS per fideicommissum legati POST MORAM heredis FETUS quoque debentur. EQUITIO autem legato etiamsi mora non intercedat INCREMENTO GREGIS FETUS ACCEDUNT.*

tion théorique, et non seulement celle de compléter les mots précédents : *UT CAUSA*, cela nous semble évident :

1° Il est difficile d'accuser Papinien de prolixité et de comparaisons sans conséquence. Au contraire, ses formules sont ordinairement brèves jusqu'à l'obscurité, — chaque mot est pesé.

2° Il est peu probable que Papinien insère dans la discussion sur l'hypothèse du legs de chevaux le raisonnement parallèle sur le legs d'une esclave en état de grossesse. Ce serait d'ailleurs peu logique dans le texte tel qu'il est (1).

Voilà pourquoi Papinien parle du *partus* : cette mention est à sa place comme une analogie dont l'auteur se sert pour faire mieux comprendre le fondement de la règle exposée du fœtus secundus. En développant le problème, nous avons souligné l'expression *OMNIMODO*, etc., et cette autre : *INDIVIDUALISÉ DE LA FAÇON ABSOLUE*, comme l'indication du fondement logique, où le sujet est réparti dans le prédicat qui eût pu permettre à Papinien de commenter la construction juridique

(1) Je prévois qu'on voudra me faire cette objection qu'ailleurs les juristes romains emploient justement cette méthode : de considérer les deux questions ensemble. A la première vue, c'est frappant (Cf. fr. 27 D. 5, 3 ; fr. 68 D. 7, 1 ; fr. 28 D. 22, 1). Mais Paul fr. 14 D. 22, 1 ; Proculus, 48 pr. D. 31 ; Scaevola, fr. 21 D. 33, 5 traitent la question de parts sans la lier à celle de fœtus. Il y a des nuances basées sur la différence de problème qui gisent au fond de tous ces textes. Costa (Papiniano, Bologna 1896, T. III, p. 189, note 30) n'a pas compris notre texte : « Si les esclaves et les troupeaux sont compris dans le fideicommiss, etc... » Mais notre texte ne prévoit pas l'hypothèse du fideicommiss universel. Il s'agit du fideicommiss des choses déterminées des *equi*. Il y a une grande différence, une différence de fond entre la nature juridique des deux problèmes : le legs ou le fideicommiss spécial de la femme esclave et le fideicommiss universel contenant les esclaves. Dans ce dernier cas, les juristes classiques qui envisagent le problème emploient le pluriel *PARTUS ANCILLARUM* au lieu de *partus ancillae*. (V. plus bas). Historiquement le dernier problème est plus récent que l'autre. Notre texte est cité aussi par Roby (Justiniani VII, I de usufructu). Sans être commenté, d'ailleurs.

de la règle sur le fœtus secundus par la proposition SICUT PARTUS MULIERIS, sans limiter cette dernière (1).

Ailleurs (fr. 60 [58] D. Ad Scitum Trebel. 36. 1). Papinien, en parlant de la retention des revenus par les héritiers du fiduciaire au moment de l'exécution du fideicommiss universel *post mortem suam*, rapporte aux redbitus les fœtus ex grege, en opposition à ceux qui sont destinés à compléter le troupeau, afin qu'il garde sa valeur numérique : ces derniers entrent dans l'*hereditas restituenda*, tout comme les *partus ancillarum*.

Hereditatem post mortem suam exceptis redbitibus restituere rogatus ancillarum partus non retinebit, nec fœtus pecorum, qui submissi gregem retinent.

Et cet autre texte d'Ulpien (lib. XXXIV ad Sab., fr. 10, § 3, 4 D. 23. 3).

Si servi subolem ediderunt, mariti lucrum non est. Sed fœtus dotatium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat et summissis in locum mortuorum capitum ex agnatis residuum in fructum maritus habeat quia fructus dotis ad eum pertineat.

Notons que le mari n'acquiert pas les parts. Est-il considéré comme un simple usufruitier ? Est-ce que Ulpien considère la dot comme la pherné hellénique ? C'est peu probable. Donc, ce n'est pas le propriétaire des esclaves qui acquiert le partus,

(1) Remarquons que cette règle n'est pas une subtilité sans conséquence. Il en découle, par exemple, que dans l'hypothèse de restitution de la chose par le possesseur de b. f. celui-ci, d'après Papinien, ne sera pas obligé à la prestation du fœtus secundus avec les fructus exstantes. Pour les raisons de la restitution des fruits non consommés. V. Petrazicki. Fruchtvertheilung. Contra M. Efimoff, dans la Nouv. Revue Hist. de Droit. Mars-Avril 1899.

mais la femme. A quel titre ? — A titre de créancier éventuel qui a le droit à la restitution du capital intégral. Donc, le centre de gravité du problème s'est déplacé. Le propriétaire même n'acquiert les partus que parce qu'il est présumé l'ayant qualité vis-à-vis de la chose qu'il a comme capital.

Nous voici de nouveau devant la question du principe de l'exclusion du partus du rapport *IN FRUCTU ESSE* déterminée par la nature juridique de ce dernier. A la fin du § 9, nous avons indiqué nos conclusions sur les considérations de politique civile et de doctrine dogmatique en cas de l'usufruit du *praedium rusticum*, le cas le plus simple où entrent en jeu la *familia servorum* et son accroissement. Alors nous avons exclu de la *familia* les esclaves qui ne sont pas compris dans l'*INSTRUMENTUM FUNDI*. En ne perdant pas de vue les données acquises, adressons-nous maintenant à la dernière phase de la construction de la règle *PARTUS* chez Ulpien et Papinien, dans le cas général le plus compliqué, où la *familia servorum* est considérée comme élément d'une abstraction purement juridique : *universitas* (*hereditas*, *dos*) dont les fruits sont une grandeur abstraite du même ordre — *universitas* — par rapport aux opérations que l'on fait subir à cette dernière en exprimant son étendue au moyen des objets appartenant à la réalité empirique (1). La conception de l'unité (*unitas*) des fruits a cette valeur pratique que, au cas où l'*universitas* consiste en objets dont les uns donnent les revenus et les autres occasionnent des pertes, on calcule le revenu total, en recouvrant les pertes occasionnées par les derniers avec le gain qu'on a obtenu des premiers.

(1) M. Petrazicki. *Lehre vom Einkommen*. I, p. 200 sqq.

QUOD IN SEMENTEM EROGATUR, SI NON RESPONDERINT MESSES, EX VINDEMIA DEDUCETUR, QUIA TOTIUS ANNI UNUS FRUCTUS EST (1).

Cela a une importance extrême dans les supputations du revenu et joue, de la sorte, un rôle non seulement dans la matière, mais aussi dans la procédure. Pratiquement on peut prévoir des cas où l'une des unités économiques dont se compose l'universitas, est desservie par l'autre : par exemple, une partie du blé d'un praedium hereditarium est utilisée en qualité de *frumentum quod cibariis familiae pecuariae paratum est*, par un autre praedium, où il n'y a que les *sal-tus*. Dans ce cas, les calculs spéciaux sont superflus, puisque le minus du premier correspond au plus du second dans une même universitas.

De même, les frais du transport là où celui-ci a lieu, des voyages exigés par la vindemia ou la messis, tombent non sur la vindemia ou la messis, mais sur les *fructus unius hereditatis*. On se demande s'il n'est pas possible, dans ces conditions, d'envisager les *partus ancillarum* comme les *fructus universitatis*, en mettant les pertes éventuelles, indiquées plus haut, à la charge des autres sources du revenu. Mais cette question ne peut pas supporter la critique, puisque si on englobe les *partus* dans les fruits, ce ne seraient pas les fruits qui auraient subi le détriment, mais le capital, dont la partie inté-grante — la *familia* — aurait été détériorée.

Les fruits, d'ailleurs, ne restent englobés dans l'universitas que jusqu'au moment de l'aestimatio. Quand les opérations de l'*additio* et de la *deductio* sont achevées, les fruits revêtent, théoriquement, la forme d'une pure abstraction, du

(1) Paul. lib. VII ad. Sab., fr. 8, § 1 D. sol. matr. 24, 3.

chiffre des solidi (1). Dans cette phrase, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de répartir les fruits entre les parties, Ulpien et Papinien traitent les fruits justement comme une grandeur numérique déterminée, une somme exprimée en unités monétaires, qui représente le résultat de calculs de la valeur de l'universitas (fructus scil.).

Papinianus autem libro undecimo quaestionum... vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea PECUNIA tertia portio viro relinquatur (2).

Ante vindemiam soluto matrimonio nihilominus PECUNIA messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet (3).

C'est une quantitas fixée : cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam QUANTITATEM Titius percipisset.

Plus loin, les fruits entrent dans leur troisième phase lorsqu'ils sont destinés non pas à la liquidation des prétentions opposées, mais à leur prestation au créancier. Alors de la sphère spirituelle, les fruits reviennent dans le monde de la réalité empirique : d'après les données du calcul de la phase précédente le créancier reçoit l'argent ou les produits déterminés (4). Dans l'esprit d'un jurisconsulte romain, ces deux phases (la deuxième et la troisième), qu'une construction

(1) Petrazicki, l. c. 205.

(2) Fr. 7, § 1 D. sol. matr. 24, 3. (Ulpien).

(3) Ulpianus lib. XXXI ad. Sab., fr. 7, § 2 eod. Nous nous contentons de ces deux textes. Tout une série d'autres est citée par Petrazicki, l. c., mais pour notre tâche, il est superflu de les répéter. Ce qui nous intéresse ce n'est pas la théorie des fruits, établie déjà par l'éminent romaniste, mais justement les caractères de la conception antique qui se fait jour par rapport à notre sujet.

(4) Petrazicki, p. 207.

théorique du savant moderne habitué aux abstractions, distingue nettement, se fondent en une seule. Et si dans la proposition : *ex fructibus medio tempore quadraginta perceperit*, nous prenons le fructus dans son expression abstraite d'une grandeur numérique, puisque ce n'est que d'un TANTUM abstrait qu'on peut déduire QUARANTE, Paul et Ulpien pensent simultanément à des objets empiriques et à l'expression quantitative qui les représente. Dans ce sens, le passage de Paul cité plus haut, et son interprétation par M. Petrzicki ont une valeur représentative.

LES FRAIS ENTRAÎNÉS PAR UNE ENTREPRISE MALHEUREUSE DIMINUENT LES PROFITS D'UNE ENTREPRISE HEUREUSE, *quia totius anni unus fructus est*.

QUOD IN SEMENTEM EROGATUR SI NON RESPONDERINT MESSES EX VINDEMIÀ DEDUCETUR, *quia totius anni unus fructus est*.

D'après cette conception les partus ancillarum ne se laissent pas soumettre à cette opération de calcul en masse. De même que dans le Vat. Fr. 65 par l'expression SICUT PARTUS, Papinien met ici à nu, mais dans la forme d'un parallélisme des règles l'opposition entre le partus et le fetus, et cette dernière fois par l'expression NEC FETUS. Les partus restent dans l'hereditas individuellement, tandis que les fetus seulement en tant qu'ils font conserver au grex sa valeur numérique : les fetus sont des objets exprimables en quantitas : *debita quantitas quam Titius percepit* peut consister à la fois en une somme abstraite des sesterces et en un nombre déterminé des fetus. Pour un théoricien moderne, ce critère qui vivifie l'abstraction par des images de la réalité concrète, est difficilement acceptable ; mais notre tâche était de mettre au jour la conception de Papinien et d'Ulpien, si féconde pratiquement,

mais qui, revêtue d'une forme inusitée, est restée inaperçue par l'érudit moderne.

2. Telle fut l'application achevée de la règle. Pour mieux comprendre le jeu des principes et de termes techniques, nous passerons maintenant en revue quelques fragments mal compris par la plupart des auteurs modernes qui ont négligé de considérer certains détails avec l'attention voulue.

Nous avons déjà mentionné plus haut que le caractère personnel relatif du rapport *IN FRUCTU ESSE* se fait jour et devient important là où il faut distinguer le moment auquel telle personne déterminée acquiert le droit aux fruits. La répartition des fruits et du capital dans les cas de restitution de ce dernier, de retention des fruits en vertu des règles spéciales, enfin la théorie de l'unité des fruits par rapport à l'universitas sont des principes fondamentaux, d'ailleurs fort mal distingués par les auteurs qui voulaient aborder l'explication des fragments concernant l'objet de notre étude.

Costa croit (1) que Papinien (fr. 60 (58) cité et Vat. Fr. 65) est en conflit avec Scaevola (fr. 41, § 10 D. 32) et avec Paul, qui suit Neratius (fr. 14, § 1 D. 22. 1) ; il propose donc de confronter les fragments traitant les enfants des femmes esclaves dotales avec ceux envisageant les partus, qui n'entrent pas dans l'objet de prestation due par le fiduciaire. Il nous semble que la controverse Papinien-Paul telle que la voit Costa, n'existe pas.

Il nous semble, en outre, qu'au fond la distinction des esclaves dotales n'a pas de raison d'être non plus. C'est dommage que M. Brini, par exemple, consacre un paragraphe aux

(1) Note citée plus haut, V. p. 130, n. 1 ci-dessus.

partus des esclaves dotales et un autre aux partus du fidéicommiss. Ce qu'il importe de distinguer, c'est le concept d'universitas là où celui-ci entre en jeu. Il nous semble donc que la doctrine concernant l'usufruit sur une femme esclave, individuellement prise se présente sous un aspect assez différent de celle qui envisage les partus des femmes esclaves faisant partie d'une dot ou d'un fidéicommiss universel.

Alors surgit la question d'ordre historique, quand et comment la théorie fut élaborée dans la période classique, et quel fut son auteur. Quelques traces que le Digeste nous a transmis, dispersées dans les fragments permettront d'établir plus ou moins l'évolution ou plutôt le revirement de la terminologie et les phases du développement de la théorie.

§ 12

Historique du problème de « partus » dans « l'universitas ».

Dans les textes de Papinien, d'Ulpien et de Paul, l'expression PARTUS ANCILLAE est employée partout où il s'agit de formuler la règle que celui-ci IN FRUCTU NON EST, et là où l'on envisage le problème résolu depuis Brutus. Qu'il s'agisse de l'usufruit, de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, du legs ou du fideicommiss des choses déterminées, peu importe. La même expression se rencontre chez Brutus, à en croire Ulpien (la sentence du fr. 68 cité) chez Labéon (fr. 1, § 5 D. 11. 4) (1), chez Gaius (fr. 28 cité). La règle a obtenu le droit de cité depuis les veteres.

Au contraire, par rapport à l'universitas, là où un groupe d'esclaves entre en jeu comme élément d'un fideicommiss universel, d'une hérédité, d'une dot, nos trois jurisconsultes emploient toujours le pluriel PARTUS ANCILLARUM, la règle restant la même. Jusqu'à présent nous avons constaté le sens de la règle par rapport à des multitudes d'esclaves englobés dans la familia, en examinant le sens de ce mot et la possibilité de la périodicité, aussi les raisons économiques qui pourraient pousser nos jurisconsultes à laisser la règle immuable en élaborant une théorie juridique plus compliquée

(1) Et nous croyons que l'expression justement serait exactement transmise par Ulpien.

et plus raffinée. Maintenant il nous reste à analyser les textes antérieurs où ce terme est employé au pluriel et à voir si la règle restait toujours immuable, qu'il s'agisse d'une ancilla isolée ou d'un groupe d'esclaves représentant l'universitas ou compris dans celle-ci.

Nous voici devant le texte de Javolenus, c'est-à-dire devant l'opinion de Labéon :

Javolenus libro sexto ex post. Labeonis, fr. 66 D. 24. 3.

Mancipia in dotem aestimata accepisti pactum conventum deinde factum est, ut divortio facto tantidem aestimata redderes nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est. Manebit inquit Labeo, partus tuus, quia is pro periculo mancipiorum, penes te esse deberet.

La solution de Labeon est tout à fait en accord avec la théorie des fruits (1). Le mari retiendra les partus avec les autres mancipia puisqu'il rend les nummi au lieu de rendre les esclaves mêmes. Ce serait détériorer le capital qu'il a reçu que de lui faire restituer encore les enfants nés de ces esclaves. Mais le raisonnement de Labéon n'est pas conforme à la théorie développée sur le partus. La différence est frappante — son raisonnement ressemble à celui du fr. 60 (58) cité par Papinien sur les *fetus qui summissi gregem retinent*. La différence est seulement qu'il ne distingue pas les summissi de ceux qui devraient être acquis comme les fruits par le mari, mais cette dernière hypothèse serait évidemment résolue dans le sens inverse puisque la règle classique de l'exclusion du partus des fruits a été bien établie. En tout cas nous voyons que la théorie constatée est loin d'être élaborée. D'ailleurs

(1) Il est intéressant que Labeon n'invoque pas dans l'espèce cette idée que le mari acquiert les parts comme le propriétaire.

la règle *aestimatio facit venditionem* nous empêche de comprendre clairement les motifs de la solution. Heureusement, nous avons un texte intéressant de Proculus, plus vieux comme texte, plus récent comme opinion. C'est pour ça que nous préférons l'analyser ici.

Proculus, libro octavo epist. (fr. 38 pr. D. leg. 31).

Licinnius Lucusta Proculo suo salutem. Cum faciat conditionem in releganda dote, ut si mallet uxor mancipia quae in dotem dederit quam pecuniam numeratam recipere : si ea mancipia uxor malit, numquid etiam ea mancipia, quae postea ex his mancipiis nata sunt, uxori debeantur, quaero. Proculus Lucustae suo salutem. Si uxor mallet mancipia quam dotem accipere, ipsa mancipia, quae aestimata in dotem dedit, non etiam partus mancipiorum ei debebuntur.

Il est d'autant plus intéressant que c'est un échange de lettres entre Proculus et son élève. La façon de s'adresser par *Proculo suo*, *Lucustae suo* semble autoriser la supposition, ainsi que la façon nette de poser la question par Licinnius.

Licinnius Lucusta qui savait la règle de l'exclusion du partus des fruits, s'intéressa à une question plus compliquée. Sachant bien que le mari acquiert les fruits de la dot et étant, très probablement, au courant de l'opinion examinée de Labéon, il posa la question d'une telle façon qu'elle prit un aspect particulier. Si dans l'analyse du texte précédent nous avons pu constater l'absence de théorie en examinant le raisonnement du jurisconsulte, la solution même de Proculus et la forme dont elle est revêtue nous donne l'idée exacte sur l'état du problème.

Il fallait résoudre la difficulté suivante.

Si dans l'espèce examinée par Labéon il y avait lieu à

l'application de la règle *aestimatio facit venditionem*, l'hypothèse de notre texte prévoit une condition en vertu de laquelle la femme a le droit de choisir entre la prestation des nummi et la prestation des esclaves reçus par le mari en dot lors de la conclusion du mariage.

Tandis que dans l'espèce du fragment 66 cité de Javolenus, le rapport du partus envers l'universitas se fait jour seulement à travers le prisme de l'aestimatio (1), dans notre hypothèse la question se posait directement. Proculus, semble-t-il, fut un peu embarrassé. « Si la femme, dit-il, aime mieux recevoir les esclaves que la dot... » Le jurisconsulte oppose ici les expressions MANCIPIA et DOT. Pour lui, semble-t-il, les mancipia ne sont pas l'universitas, il ne les conçoit que comme un groupe d'objets. La pensée juridique n'est pas encore arrivée à la notion abstraite. Tandis que Papinien et Ulpien conçoivent les deux notions ensemble en les identifiant, Proculus ne conçoit la dot que comme une somme de nummi. Si la condition consentie en l'espèce admet de la part de la femme la possibilité de demander les mancipia IPSA MANCIPIA AESTIMATA, répète-t-il, le problème change d'aspect. La réponse devrait être l'inverse. Si Labéon, en raison du *periculum*, laisse le partus affecté au groupe des esclaves que le mari retient comme équivalent au prix estimé, dans l'espèce ce serait logique de faire restituer par le mari les *partus Mancipiorum* s'il restitue les esclaves. Mais la théorie est hésitante — les principes ne sont pas encore formulés.

(1) L'obligation de lui restituer la dot telle qu'elle l'a présentée, le capital ne devant pas être diminué. Cf. fr. 66, § 4 D. 24. 3. *Labeo putat quanta dos fuisset tantam deberi sive prudens mulier plus esset stipulata sive imprudens. Labeonis sententiam probō.*

Proculus répond « *non etiam partus mancipiorum ei debentur* ».

Quel est son raisonnement. Il ne comprend pas encore dans toutes ses conséquences cette idée que le capital — la dot — doit être restitué dans sa valeur intégrale non détériorée. Le concept primitif d'identité des objets le guide. Il dit : les mêmes esclaves, *IPSA MANCIPIA QUAE AESTIMATA*, etc... La question posée, semble-t-il pour la première fois (1), n'a pas encore trouvé de solution raffinée. Néanmoins elle est logique, si nous nous souvenons que le mari étant propriétaire devait acquérir les parts comme tel.

Maintenant nous passons au fragment de Paul, puisque l'opinion de Neratius y est citée.

Paulus lib. XIV resp. fr. 14 D. 22. 1) (2).

Respondit Paulus moram in solvendo fideicommisso factam partus quoque ancillarum restituendos. § 1. Heres rogatus erat post mortem suam sine reditu hereditatem restituere : quaesitum est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati restituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit. Paulus respondit antedictum fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. Neratius libro primo ita refert eum, qui similiter rogatus esset, ut mulierem restitueret, partum eius restituere cogendum non esse, nisi tunc editus esset, cum in fideicommisso restituendo moram fecisse, neque interesse existimo, an ancilla specialiter an hereditas in fideicommissio sit.

Les questions suivantes doivent être examinées :

(1) Nous ne savons pas de texte plus ancien. D'ailleurs il est très probable que c'était réellement le premier où la question fut posée.
(2) Lenel. Pal. I. 1560.

1° Le sens du responsum de Paul et son rapport avec la théorie de Papinien et d'Ulpien.

2° L'opinion de Neratius cité par Paul, sa portée et son rapport avec l'opinion de Julien.

3° Comment Paul a apprécié la réponse de Neratius.

Les trois questions se répartissent dans le texte de cette façon : principium et le § 1 à partir de *heres rogatus* jusqu'à la citation de Neratius — c'est le texte de Paul traitant la question voisine de celle du fr. 60 (58) cité.

NERATIUS — MORAM FECISSET, la citation de Neratius un peu abrégée par Paul.

« NEQUE INTERESSE » — jusqu'à la fin — le texte de Paul sans aucun doute. Il semble qu'on puisse faire certaines déductions en s'appuyant sur les données acquises jusqu'ici et sur des données immédiates, présentées par le fragment en question.

1° Le principium est complètement en accord avec Papinien. Analysons les propositions qui le suivent.

Il s'agit de la restitution de l'hérédité après la mort du fiduciaire. L'hérédité doit être restituée, les revenus déduits. Puisque le partus n'est pas compris dans les revenus, ce qui est incontestable, pourquoi cette hésitation — *quaesitum est*. Justement, semble-t-il, parce que la doctrine est assez récente, non pas la théorie du PARTUS ANCILLAE, mais la théorie des PARTUS ANCILLARUM dans une *universitas*.

En quoi la réponse de Paul diffère-t-elle de l'opinion précise de Papinien ? (1)

(1) Notons que la théorie de Papinien était déjà formulée depuis une dizaine d'années (Fitting, *Alter und Folge*, p. 77). Les *Libri XXIII Responsorum* de Paul n'ont été commencés que sous Elagabale et le livre XIV fut publié pendant le règne d'Alexandre (Fitting, l. c. 98). Quant à Ulpien, il a achevé son œuvre littéraire au temps de Caracalla. V. plus haut Ch. II.

Ante diem fideicommissi cedentem, partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. Mais qu'est-ce que c'est que le *dies cedens* ? La théorie du *dies cedens* fut introduite par les jurisconsultes de la République au profit de légataires (et a ensuite été transportée au fideicommiss) pour éviter le danger de caducité des bénéfices au cas de retard de l'adition d'hérédité. Un de ces effets fut la fixation de la consistance du legs. En principe, le *dies cedens* était le jour de la mort du testateur. Alors, en principe, la réponse de Paul signifierait une chose bien entendue — les partus nés avant la mort du testateur ne sont pas compris dans le fideicommiss, puisque le fideicommiss lui-même n'est pas entré en vigueur — il n'existe pas encore, ou avant l'ouverture du testament, après la *lex Papia Poppaea*, quand le *dies cedens* fut reporté à ce moment, ce qui n'avait pas eu de grande importance pratique, puisque le jour des *tabulae apertae* venait ordinairement cinq-six jours après le décès.

Le texte d'Ulpien (*Regulae* 24. 31) et la règle *dies incertus condicionem facit* établissent pour le fideicommiss en question le jour de la mort du fiduciaire comme le *dies cedens*. Voi' à où git la différence entre l'opinion de Papinien et celle de Paul. Tandis que Papinien ne fait attention à la *diei cessio* que sous l'angle de la transmissibilité de droit au bénéficiaire et non pas sous l'angle de la consistance de celui-ci, Paul établit la règle de la *diei cessio* dans toute sa rigueur. La décision de Papinien est bien plus souple et raffinée. D'après cette décision, le but poursuivi par le disposant arrive à sa réalisation complète. La décision prononcée par Paul est plus rigoureuse, il est vrai, mais ce qui nous intéresse surtout, c'est que, par rapport à notre question de la nature juridique de l'universitas comprenant des esclaves

et les *partus eorum*, elle est en accord complet avec celle de Papinien. En effet, le fidéicommis venu à l'existence juridique, le capital doit être resté intact. Par « à contrario », les *partus ancillarum* qui sont nés après le dies cedens doivent être restitués au fidéicommissaire.

Il nous reste à élucider le principium. *Moram in solvendo fideicommisso factam partus quoque ancillarum restituendos*. Supposons que la réponse ait un rapport avec l'espèce du § 1. De quels enfants s'agit-il ? Des enfants nés après la mise en demeure ? Non, bien sûr puisqu'ils doivent être restitués *à fortiori*, si les enfants nés après le dies cedens et avant la mise en demeure sont compris dans l'*hereditas praestanda*. Paul songerait-il alors aux enfants nés *vivo herede* ? Cette dernière hypothèse tombe d'elle-même. Il serait incompréhensible que la consistance de la prestation due après la mise en demeure s'accrût des objets dûment acquis par le débiteur avant le moment de celle-ci. Il nous reste à conclure que le principium envisage une autre hypothèse. Il semble que ce soit l'hypothèse d'un fidéicommis pur des *ancillae* ; alors avant la mise en demeure les enfants ne doivent pas être restitués puisqu'ils ne sont pas contenus dans le fidéicommis des *ancillae*.

2° Le second passage de notre texte contient le mot *SIMILITER*, remplaçant la phrase de Neratius. Ce mot pourrait signifier « *post mortem suam* » ou bien « *sine reditu* », mais selon nous, il remplace justement *post mortem suam*, « *sine reditu* » étant presque une clause de style quand il s'agissait de fidéicommis de ce genre.

La solution de Neratius diffère de celle de Paul. Pour Neratius, le part de la femme esclave ne doit pas être restitué,

semble-t-il, parce que le part n'est pas compris dans le legs de l'ancilla. Le dies cedens ne joue dans ce texte aucun rôle pour la solution du problème.

Il est intéressant dans ce sens de revoir le fr. 31, § 4 s. m. de Julien. Julien lui aussi emploie le terme *partus ancillarum*, mais comme Proculus il ne distingue pas les parts d'un groupe d'ancillae du part d'une seule ancilla. La distinction n'existe pas encore dans la théorie. Il emploie le terme *partus ancillarum* où *partus* est au singulier — avec un caractère générique — *partus* = suboles (du fr. 10, § 3 D. 23. 3). La mise au monde d'un enfant est un événement incertain, inattendu, comme l'échéance d'une hérédité, d'un legs. La présence de multitude d'ancillae et la probabilité qui en résulte de l'accroissement périodique n'est pas prise en considération. *Partus ancillarum* et *partus ancillae* sont envisagés de façon identique. Mais en pratique, le défaut de cette distinction se manifeste dans l'argumentation différente de la solution de Proculus d'un côté et celle de Labéon de l'autre.

Au contraire, la distinction faite, la base de solution pour les deux cas devient identique — l'argumentation étant la même, qu'il s'agisse d'une ancilla ou de plusieurs.

3° Nous passons à l'examen de la phrase de Paul — NEQUE INTERESSE EXISTIMO AN ANCILLA SPECIALITER AN HEREDITAS IN FIDEICOMMISSO SIT.

Tandis que Neratius analyse le problème d'une ancilla, et que au temps de Neratius on distinguait en pratique dans les solutions les deux cas (Cf. fr. cité de Javolenus), Paul estime qu'il n'y a pas de différence entre ces deux cas ; qu'il s'agisse d'une ancilla ou de l'hérédité comprenant une ou plusieurs ancillae, la solution reste la même.

Nous ne voyons pas, en réalité, que Paul se rallie à l'opinion de Neratius. Mais il indique la théorie développée existant de son temps et que Neratius ne connaît pas. Or, il paraît bien que ni Neratius ni Julien n'étaient les inventeurs de la théorie. Il nous reste à examiner les fragments de Scaevola pour nous rendre compte si l'inventeur c'était lui ou son élève célèbre.

Scaevola, lib. XXII Dig. (fr. 41, § 10 D. leg. 32).

Sorori legavit homines quos nominavit testamento eiusque fidei commisit ut eadem mancipia filiis suis cum obiret restitueret. Quaesitum est, adgnata ex his an defuncti filii heredibus restituenda sint post mortem legatariae an remaneant apud heredes eius, respondit ea quae postea adgnata essent, verbis fideicommissi non contineri.

Voilà le sens pratique du problème à résoudre. Une personne a légué à sa sœur les esclaves qu'elle a indiqués NOMINATIVUM, avec la charge de les restituer après sa mort aux fils du disposant. On demande si les enfants de ces esclaves doivent être restitués aux héritiers du fils décédé ou s'ils restent chez les héritiers de la légataire.

Une question surgit : pourquoi le jurisconsulte parle des héritiers du fils décédé et non pas du fils lui-même ? Dans la théorie il y aurait une différence entre la situation de ces derniers dans le cas du prédécès de leur *de cuius* au fiduciaire et la situation dans le cas de sa survie. C'est seulement dans ce dernier cas, c'est-à-dire, dans le cas de la mort du *de cuius* après le dies cedens, que ces héritiers pourraient prétendre à la restitution de la quote-part du fideicommiss (Ulpien, 24. 30). Mais pour la répartition des enfants de ces mancipia, il est absolument indifférent que ce soient les héritiers du défunt ou lui-même. Il nous semble alors que

cette expression n'a pas de valeur de distinction théorique dans l'espèce, qu'elle apparait dans le fragment, puisque tel était le cas qui s'est présenté dans la pratique de Scaevola.

La réponse est intéressante : EA QUAE POSTEA ADGNATA ESSENT VERBIS FIDEICOMMISSI NON CONTINERI.

Postea — dans le contexte — paraît se rapporter au temps après la mort du fiduciaire. Alors la réponse est différente *prima facie* de la solution de Paul. Pouvons-nous en conclure à *contrario* que les parts nés avant la mort du fiduciaire, sont compris dans le fidéicommis ? Il semble que non. L'accent que le jurisconsulte met sur *homines quos NOMINAVIT testamento... UT EADEM mancipia... restitueret* et la règle « PARTUM NON ESSE PARTEM REI FURTIVAE (ancillae scil.) nous empêchent de prononcer cette conclusion (1). Une autre question surgit. Cette différence est-elle la conséquence de la *nomination* des esclaves dans le testament ? L'hypothèse du legs des esclaves tout court ou de tant d'esclaves ne serait-il pas traité d'une autre manière ? En effet, nous avons le texte de Scaevola qu'il est utile de citer.

Scaevola, lib. XXII Dig. (fr. 21. D. 33. 5).

Filium et uxorem heredes scripsit, filiam exheredavit et ei legatum dedit, cum in familia nuberet, centum et, cum in familia nupserit, his verbis : « insuper arbitrato Semproniae
« matris eius mancipia decem, quae confestim post aditam
« hereditatem meam a Sempronia uxore mea eligi volo :
« quae mancipia, cum in familiam nupserit, dari volo et si
« antequam nupserit, aliquod ex mancipiis decesserit, tunc
« in locum eius arbitrato Semproniae matris eius dari volo,

(1) Le texte du même auteur, fr. 21 D. 33. 5 confirme explicitement notre opinion.

« dum ad eam plenus numerus perveniat. Quod si Sempro-
« nia mater eius non elegerit tunc ipsa sibi quae volet eli-
« gat. » Quaesitum est cum mater elegerit an ea, quae ex
his Mancipiis ante nuptias adgnata sunt, ad puellam supra
numerum decem Mancipiorum pertineant. Respondit, cum
Mancipiorum legatum in tempus nuptiarum testator transtu-
lit, id quod medio tempore ancillae enixae sunt ad filiam non
pertinere, idem quaesiit, ante nuptias eorundem Mancipio-
rum fructus et usus an ad Semproniam matrem pertineant,
respondit nihil proponi, cur ad matrem proponi, cur ad ma-
trem pro solido pertineant

Le disposant laisse un legs à sa fille sous la condition « si
nuptiae sequuntur ». Il laisse l'hérédité à son fils et à sa
femme à charge pour celle-ci de choisir au moment de l'adi-
tion d'hérédité les 10 esclaves qu'elle va restituer, au-dessus
de cent légues à la fille exhérédée (qui est légataire sous con-
dition), au moment de son mariage. Ce qui intéresse le dis-
posant c'est que le nombre déterminé des esclaves parvien-
nent à sa fille (dum ad eam plenus numerus perveniat). Les
adgnata, à qui appartiendront-ils ? Telle est la question.

La raison pour laquelle il fait acquérir les partus par l'hé-
ritier, est que le *dies* « cedit » au legs sous condition,
au moment de l'échance de cette condition. Mais la ma-
nière de poser la question nous révèle, semble-t-il, ce qui
a conditionné cette solution AN ADGNATA EX MANCIPIIS SUPRA
NUMERUM DECEM MANCIPIORUM AD PUELLAM PERTINEANT. En même
temps Scaevola ne conçoit pas les Mancipia dans l'universitas
— il dit : LEGATUM DEDIT CENTUM ; « INSUPER MANCIPIA DECEM ». Les Mancipia et les partus Mancipiorum étant les unités à
part, qui ne sont liés que par le nombre 10. D'ailleurs, dans

la pratique le *dies cedens* et le *dies veniens* dans l'espèce, sera d'habitude presque le même jour.

Il nous semble qu'on peut dire presque avec certitude que ce n'est pas Scaevola qui a créé cette belle théorie. Elle était l'œuvre de Papinien.

Il résulte de notre étude que Papinien a introduit, en outre, une règle concernant le fidéicommiss *post mortem suam*. Cette règle que la consistance du fidéicommiss se détermine non pas au moment du *dies cedens*, mais au moment de la mort du testateur.

La théorie de Paul peut être comprise mieux encore si nous faisons l'analyse du passage du même livre de ces *RESPONSA*, où se trouve le texte comprenant la citation de Neratius. L'opinion qu'il n'est pas en contradiction avec Papinien s'y trouve confirmée. Il est vrai que la théorie de ce dernier sur le fidéicommiss *post mortem suam* est basée sur une conception autre que celle de Paul, ce qui s'était senti dans la différence de solutions données par eux sur la question du moment où doit se déterminer la consistance du fidéicommiss. Néanmoins, en tant qu'il s'agit de la règle de *partus* par rapport à l'*universitas*, la théorie de Paul est un bel exemple de la doctrine classique. La théorie des fruits comme un rapport personnel relatif s'y fait jour elle aussi. Les principes très compliqués qui sont à la base du fragment ne peuvent être compris que dans sa lumière.

Paulus, lib. XIV Resp. (fr. 24 D. 35. 2) (1).

Respondit Falcidia legis ratione si haberi oportet, ita habendum, ac si hae res, quae ab herede subtractae sunt, in

(1) Lenel. Pal. I. 1568.

hereditate relictæ non fuissent. § 1. Idem respondit partus ancillarum ante diem fideicommissi ad heredes eius qui rogatus est pertinere eosque in quartam et quartæ fructus computandos, si de lege Falcidia quaestio intercedat. § 2. Idem respondit fructus ex propria re heredis, quæ legata est post diem fideicommissi cedentem perceptos, etsi non sint restituendi fideicommissario, heredi in quartam imputari non solere.

Faisons l'analyse du § 1. Le dies dont il s'agit est sans doute le DIES VENIENS. Alors les partus ancillarum (et les fruits) dont il est question sont ceux qui sont nés (et resp. perçus) dans la période entre ces deux jours. Les heredes qui sont les ayants-droit du fiduciaire acquièrent les partus comme les propriétaires de l'universitas — l'hérédité — mais cette acquisition est imputée sur la quote-part nécessaire qui leur est due en vertu de la lex Falcidia, puisque cette acquisition qui leur incombe en vertu de la règle étudiée du droit civil est l'acquisition de la partie du capital (l'universitas — hérédité) ce qui vient de la théorie de cette règle (1), et la *quarta Falcidia* vise justement la quote-part du capital.

Comment, donc, concilier cette théorie de la quarta Falcidia avec l'alinéa suivant ET QUARTAE FRUCTUS ? Le caractère personnel relatif de la nature juridique des fruits s'y fait jour. En effet, qu'est-ce que c'est que cette QUARTA FRUCTUS ? La consistance du fidéicommiss étant déterminée au dies cedens, dès ce moment le revenu de l'hérédité sera réparti jusqu'au *dies fideicommissi* de la façon suivante. Le quart du revenu sera affecté au fiduciaire ou, ce qui revient au même,

(1) V. chap. II et III.

à ses ayants-droit, et les trois quarts seront restitués au fidéicommissaire. Cependant les fructus fidéicommissi, avant le jour où le fidéicommis sera restitué sont les fruits par rapport au fiduciaire, et non pas par rapport au fidéicommissaire. Par rapport à celui-ci les trois quarts du revenu qui lui seront dus et le quart qui sera retenu par les ayants-droit du fiduciaire, dans l'espèce, seront la partie intégrante du capital, qui s'est augmenté depuis le jour du dies cedens. Ce n'est qu'à partir de la restitution qu'il percevra lui-même les fruits de cette masse. Alors si les PARTUS sont l'élément du capital à l'égard de qui que ce soit — ABSOLUMENT, les FRUCTUS du fidéicommis avant le jour le sont aussi, mais seulement par rapport au fidéicommissaire, c'est-à-dire RELATIVEMENT.

La même conception que nous avons relevée dans le paragraphe précédent apparaît ici. Il s'agit de l'universitas d'une masse de valeur abstraite dont les fruits de même sont une universitas. Par rapport au fiduciaire les deux sont à distinguer par leur nature, mais au jour de la prestation, les deux universitates ne font qu'une, parce que à ce moment on les considère du point de vue du fidéicommissaire. Les partus ancillarum sont considérés en même temps comme les objets empiriques et comme une valeur, mais de sorte que ni l'idée abstraite ni la représentation concrète n'efface l'une l'autre dans la conscience du juriconsulte. Les partus acquis par les héritiers du fiduciaire seront donc computés dans leur valeur dans une quarta telle qu'elle sera représentée au moment de la restitution.

Telle est l'application de la règle dans la théorie classique.

Elle est mise en relief encore davantage dans un texte d'Ulpien que nous allons citer, afin d'en finir avec la question.

Ulpianus, lib. XXI ad Sab. (fr. 39, § 1 D. leg. 30).

Fructus autem hi deducuntur in petitionem, NON QUOS HERES PERCEPIT, SED QUOS LEGATARIUS PERCIPERE POTUIT : et id in operis servorum vel vecturis iumentorum vel naulis navium dicendum. Quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intelligendum erit in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus : iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet, ipsius quoque rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur. Item PARTUS ANCILLARUM et si servus fuerit legatus et HEREDITAS VEL LEGATUM vel quid per eum acquisitum sit heres praestare debet.

Le commencement du passage évoque l'idée de cette relativité de la notion fructus, que nous avons plus haut relevé. Ce sont les fruits que l'héritier a perçus, mais il faut les envisager par rapport au légataire (resp. fidéicommissaire) qui pourrait les percevoir. Dans la prestation de l'héritier à ce dernier, ils seront donc son élément — l'élément du capital. Après avoir discuté le problème du péril de la perte de la chose même — du capital dû, Ulpien parle des partus ancillarum. L'héritier doit les restituer, comme il doit restituer l'hérédité ou le legs que l'esclave légué aurait acquis, ou tout autre acquisition faite par lui, de son pécule, semble-t-il (1).

Nous avons dit dans le paragraphe précédent qu'il vaut mieux ne pas diviser le problème en traitant séparément la question des parts d'une dot et celle des parts d'un legs ou

(1) Il est difficile d'expliquer autrement les mots *quid per eum acquisitum sit*. L'héritier devait restituer l'esclave avec son pécule. Dès le temps de Varron, l'aliénation de l'esclave sous-entendait celle de son pécule. (De r. r. 2, 10, 5).

d'un fidéicommiss. Qu'il faut y voir un seul problème des parts dans une universitas. Les passages que nous avons examinés nous permettent maintenant de faire un résumé du problème dans le milieu historique.

Nous avons vu que Labéon, à en croire Javolenus, avait déjà posé la question de l'acquisition des parts des esclaves dotales en s'appuyant non pas sur le dominium du mari, mais sur des considérations d'autre genre. Il fait acquérir par le mari les parts PRO PERICULO des esclaves dotaux estimés. La doctrine classique dans la période à partir de Proculus jusqu'à Nératius revient, semble-t-il, à la règle civile et ne fait pas de distinction — c'est la doctrine romaine antique. A partir de Julien, avec son passage du titre *de soluto matrimonio*, le centre de gravité du problème semble se déplacer. Maintenant la règle civile subit dans l'espèce les influences helléniques. Nous ne voulons pas dire que les jurisconsultes ont vraiment envisagé la dot comme la pherné grecque, mais les restrictions qui grevaient le droit de propriété du mari et son obligation de restituer la dot, mettent l'accent surtout sur l'aspect du rapport dotal comme d'un capital restituable plutôt que sur l'aspect du dominium marital sur ce capital. Peu importe que le mari soit le propriétaire, ce qui est vraiment important c'est le but économique en vue duquel la dot est constituée — les ONERA MATRIMONII SUSTINENDA. Ce but économique, pris comme base, a la tendance de transformer la nature juridique de la règle, en rapprochant de la dot romaine les éléments juridiques de la pherné hellénique. Les fragments d'Ulpien, de Modestin et de Tryphoninus ne sont pas les « façons de parler », comme il ne sont pas non plus la réfutation de la doctrine romaine.

En même temps, le problème devient le problème des parts

d'une universitas, et il sera résolu au commencement du troisième siècle d'une façon homogène. Les idées du capital et des fruits deviennent deux principes à la base de la règle qui sera appliquée selon leur jeu dans les espèces. Les notions de propriété ou d'usufruit deviennent secondaires. Comme dans la théorie du dépôt irrégulier, par exemple, Papinien pousse jusqu'au bout l'idée directrice qui se fait jour dans le cas de fidéicommiss post mortem suam. De même Ulpien. Il est curieux de noter que Labéon, bien qu'il n'ait pas poussé l'idée dans cette direction, pressentait quel serait le centre de gravité du problème. A ce point de vue, le commencement de la période classique se rencontre donc avec sa fin.

CHAPITRE V

Fetus et partus dans le cas de la furtivitas matris

§ 43

Distinction théorique des questions : 1) de la capacité du fetus pecoris et du partus ancillae à être usucapés selon les moments de la conception et de l'accouchement ; 2) de l'influence du rapport « in fructu esse » à partir du moment de l'éditio (resp. separatio), par rapport au fetus pecoris comme objet in fructu. Situation parallèle des fetus et partus « in utero », « Anima » et « corpus » par rapport à la furtivité. La conception d'Ulpien, fr. 48, §§ 5-6. D. 47, 2.

Les auteurs (1) se sont demandé quelle était l'influence de la furtivitas matris sur les parts et les fruits qui en proviennent. C'est une question mal posée : dans la théorie développée que présentent les sources, il n'y a pas un mot sur l'extension de la furtivité de la mère au part.

(1) Göppert, I. c., p. 199, n. 15, 17 ; p. 209, n. 45 ; Sokolovski, I. c., p. 463 ; Tigerström. Bonae fidei possessio, p. 86 ; à part P. Huvelin, « Etudes sur le Furtum », Voir plus bas.

Ce malentendu repose :

1° Sur une erreur théorique — la confusion de la question du *fructus rei furtivae* avec celle de la capacité à être usucapé du fœtus *pecoris* et du *partus ancillae*, d'après les moments de leurs conception et génération, selon le séjour de la mater, *in utero* de laquelle ils se trouvent durant le temps intermédiaire, *apud furem* ou *apud b. f. possessorem*.

2° Sur la diversité des significations du terme *partus* chez les jurisconsultes romains qui l'emploient tantôt dans le sens de *fœtus*, *lato sensu* (embryon), tantôt dans celui de *natus*.

Göppert se plaint des difficultés extrêmes qui découlent de ce que les sources ne traitent jamais la question « d'une façon cohérente » (*zusammenhängend*) et exhaustive... et que toute une catégorie de textes ne donne la réponse que sur les cas particuliers, c'est qu'il veut coûte que coûte étendre aux fruits les règles qui ne se rapportent qu'à des objets directement indiqués dans les sources : fœtus et *partus*. Cela suffit pour exclure toute supposition de l'influence du rapport *in fructu esse* sur la construction de la règle, puisque l'un des objets *IN FRUCTU EST*, tandis que l'autre *NON NUMERATUR IN FRUCTU*. Dans l'espèce, la théorie de Göppert que les fruits sont des produits organiques, ne lui aurait pas nui, si seulement il avait pris en considération l'autre signification du terme technique, celle-là se trouvant dans un unique fragment de notre série (fr. 48 de *furt.* 47. 2) et encore dans un paragraphe isolé. Il est étonnant que l'absence frappante du terme *fructus* n'ait pas sauté aux yeux de Göppert.

1. Les sources emploient quelquefois le terme *partus* dans le sens du fœtus dans le sein de la mère : *partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (fr. 1, § 1 D. 25. 4) ; *partus nondum editus homo non recte fuisse dicetur* (fr. 9,

§ 1 D. 35. 2) ; *partus in hoc favetur ut in lucem producat* (fr. 1, § 15 D. 37. 9), etc...

Et d'autres fois dans le sens d'enfant déjà né :

Septimo mense nasci perfectum partum (fr. 12 D. 1. 5) ; *publice interest partus non subici* (fr. 1, § 11 D. 37. 10) ; *necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is qui abiicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet* (fr. 4 D. 25. 3), etc. (1).

Quant aux animaux, le mot PARTUS est employé lorsqu'on parle des petits qui sont déjà au monde. Quelquefois on dit : NATUS pour indiquer un nouveau né — homme ou animal. Ainsi il y a une terminologie parallèle pour dénommer l'embryon humain ou animal tant qu'il est encore dans le sein de la mère : FÉTUS et PARTUS : la signification essentielle des mots qui sont employés ici, comme termini technici, se relie à la conception philosophique du moment initial de la vie humaine. Ce n'est qu'au moment du partus (editio) que l'embryon devient homme (2). Et comme son état juridique est lié à sa nature d'homme — NEQUE IN FRUCTU HOMINIS HOMO, ETC. — le terme qui sert aussi pour l'indiquer en son état embryonnaire, est déterminé par ce même moment. Tertulien (3) oppose la conception chrétienne à la païenne : *Nobis vero semel homicidio interdicto etiam conceptum in utero... dissolvere non licet, homicidii festinatio est prohibere nasci nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet, homo est et qui est futurus.*

(1) Heumann-Seckel. Handlexicon zu den Quellen 7. Aufl. S. 407, 8.

(2) Cf. le fr. 9, § 1, D. 35. 2, cité plus haut.

(3) Apolog. 9, p. 146 (Oehler).

Ce témoignage est particulièrement intéressant, puisque Tertullien était très versé dans les questions juridiques et que le plus probablement on peut même l'identifier avec le jurisconsulte dont nous rencontrons des fragments au Digeste (1). Ses ouvrages théologiques ont été écrits au temps de Sévère et Caracalla. Il était, par conséquent, le contemporain d'Ulpien. Ce dernier le cite dans ses ouvrages. Une citation dans le livre 8 du commentaire ad Sabinum est d'importance capitale pour notre question. Nous la reproduisons tout entière.

Ulpianus, lib. VIII ad Sab. (fr. 30, § 6 D. 29. 2).

Suum heredem certum est ex asse heredem esse etsi putat esse praegnatem mulierem, quae non est praegnas quid, si unum in utero habeat, an ex parte dimidia sit heres, sive institutum posthumum proponas sive intestatum patrem decessisse ? quod et Sextum Pomponium opinatum Tertullianus libro quarto quaestionum refert : putasse enim, sicuti cum vacuo utero suus ex asse heres est, ita est CUM UNUM GERIT NEC PER NATURAM HUMANAЕ CONDICIONIS ALIUM PARTUM FORMARE POTEST (quod quidem post certum tempus conceptionis eveniet) ex parte dimidia et ignorantem fore heredem, non ex quarta, ut Iulianus putat.

Nous n'allons pas entrer dans le détail de l'analyse juridique de ce texte, mais le fait de la citation de Tertullien et justement à propos d'une question qui est liée à la nature humaine et à la naissance de l'enfant est à retenir. ITA ET CUM UNUM GERIT... Ulpien, semble-t-il, partage la conception de Tertullien. Du moins il paraît avoir été influencé par sa

(1) V. plus bas ch. VI, § 16 consacré au problème

doctrine. Or, Tertullien exprime la pensée chrétienne. Je ne veux pas discuter ici une question qui demanderait tout un « excursus », à savoir : comment l'entrecroisement des idées du culte syrien de la MAGNA MATER auquel Ulpien, à en croire Bachofen (1), aurait appartenu et du christianisme déjà assez bien formé, se produisait autour des problèmes juridiques. En tout cas, nous verrons plus loin, comme nous l'avons vu plus haut, que l'idée d'Ulpien était très originale. Sans entrer dans plus de détails, nous croyons qu'en effet, ces idées religieuses, réserve faite d'ailleurs des tendances personnelles d'Ulpien, ont contribué à l'origine de cette théorie. Avant de passer au sujet discuté, faisons encore une remarque. Si, comme l'affirme Bachofen, dans le fr. 84, § 10 D. de leg. 30. Julien suit une règle inspirée par le culte de la MÈRE en décidant que le partus suit le sort de sa mère, si celle-ci est léguée, dans notre fr. 68, Ulpien donne une solution radicalement opposée. C'est que la théorie qui donne la préférence à la notion de l'individualité humaine a prévalu sur celle qui tendait particulièrement à faire prévaloir le fait de son rattachement à la mère. Or, si nous analysons la solution de Julien et celle d'Ulpien sur le même problème, la différence est frappante, même là où Ulpien cite son prédécesseur, là où les résultats de la spéculation sont identiques pour le cas concret, la base reste différente, comme on peut le voir d'après d'autres aspects du problème. Si Julien énonce que *partus in utero nondum homo est* (2), si Tertullien dit qu'il est homo, Ulpien, paraît-il, aurait dit tantôt que le *partus est homo futurus* et tantôt aurait partagé même l'opi-

(1) V. ch. VI, surtout § 16, la critique de cette idée.

(2) V. plus bas.

tion de Tertullien. Cette nuance apparaît dans une solution que nous analyserons plus bas et que nous nous bornerons à citer ici : fr. 11, § 5.D. 6. 2 : *Idem est* (c'est-à-dire *usucape pere possum*) *et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est, ut et Pomponius libro quadragesimo scripsit*. Malgré cette citation de Pomponius, d'ailleurs, fort suspecte au point de vue de sa sincérité, nous croyons pouvoir affirmer qu'Ulpien est le seul jurisconsulte qui envisage le sort du PARTUS PARTUS. C'est un trait qui saute aux yeux. Aussi l'hypothèse de l'opération césarienne devait-elle embarrasser les jurisconsultes ? C'était une hypothèse extrêmement rare dans la pratique juridique. Qu'Ulpien la prévoie démontre, semble-t-il, qu'elle l'intéresse de point de vue théorique. Ce n'est pas souvent qu'il se permet le luxe d'une digression purement théorique. Et il tranche le problème nettement sans hésitation, comme si une idée familière à lui et dont il est convaincu, le guidait dans cette solution.

Selon Tertullien donc, la théorie courante chez les Romains nie que le fœtus humanus soit homo. Partant, la situation du fœtus pecoris et celle du partus mulieris avant l'éditio sont analogues, et ce n'est qu'après l'éditio qu'apparaissent leurs particularités juridiques. Les embryons animal ou homme existent, et le droit ne peut pas se désintéresser d'eux. Bien que ce dernier soit *in utero*, le droit vise son existence.

Julianus, lib. LXIX Dig. (fr. 26 D. de stat. hom. 1. 5).

Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituntur, et si praegnas mulier ab hostibus capta sit id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condi-

tionem sequitur. Praeterea si ancilla praegnans surrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit, tamquam furtivum usu non capitur.

La première moitié du texte contient la liste des hypothèses où le droit tient compte de l'existence de l'embryon et des conséquences juridiques qui en découlent.

La dernière phrase spécifie le problème : le part même né chez le possesseur de bonne foi ne peut pas être usucapé. Notons que dans l'espèce il s'agit de *subreptio* (1). Ainsi la *furtivitas partus* n'est pas considéré comme une extension de la *furtivitas ancillae* à l'enfant. L'embryon a été volé en même temps que la mère. Il est devenu de soi-même FURTIVUS. La lex Atinia a barré la route à l'usucapion. L'ANIMA humana qui, au moment de la parturition entre avec la respiration, dans le corps du nouveau né, n'influe pas sur la furtivité, puisque ce rapport se relie au CORPUS (2) identique par sa substance à l'embryon (3).

(1) Sur la SUBREPTIO et FURTUM, cf. P. Huvelin, *Furtum*, 1915, p. 527 sqq. Surtout pp. 272-273.

(2) Cf. Africanus. Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intellegitur (fr. 61 D. 47. 2) ; Paul. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva est (fr. 4, § 20 D. 41. 3).

(3) M. Dernburg (*Pfandrecht*, vol. I, 448) ne formule pas tout à fait exactement le rapport : « la différence entre l'enfant d'une esclave et les autres espèces de revenus ne peut être expliquée que par l'existence de cette règle juridique que l'enfant dans le sein de la mère est identifié à celui déjà né : il s'agit non d'une fiction de l'identification, mais bien, ainsi que nous l'avons dit, de l'identité substantielle du corps dès le moment de la conception et ad infinitum, plus exactement ad finem corporis. De plus, il n'y a pas dans les sources de distinction entre les *partus* et les produits (*Erträgnisse*). Il n'y a que la comparaison du *partus* et du *fetus*. (V. plus bas le fragment d'Ulpien 48, § 5, 6 D. 47. 2). A la page 449 *ibid.* Dernburg remarque avec raison : « La théorie qui sentient que l'extension de l'actio furti aux objets à venir a pour but leur préservation au profit du propriétaire, ne soutient pas la critique. De plus, poursuit-il, cette explication ne justifie pas l'existence d'une règle spéciale pour le *partus* par comparaison avec les autres catégories des produits (*Erträgnisse*). » La notion des produits est ici bien diffuse et trop large,

2. La terminologie élucidée, passons à la théorie. Ulpien dégage la nature juridique du problème avec une grande finesse et une grande précision terminologique. En même temps on aperçoit ici la distinction théorique des règles sur la capacité du fœtus et du partus d'être acquis par le possesseur, et de l'influence du rapport *IN FRUCTU ESSE* sur le moment de l'acquisition.

Ulpianus, lib. XLII ad Sab. (fr. 48, §§ 5, 6 D. de furt. 47.2).

§ 5. Ancilla si subripiatur praegnas, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem ; [sed in hoc posteriore casu furti actio cessat] ; sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est, et in fetu eorum quod in partu. § 6. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt ; merito quia in fructu numerantur at partus ancillae non numeratur in fructu.

Le texte est fondamental pour la théorie d'Ulpien. Il faut établir s'il lui appartient intégralement. Ce qui nous intéresse pour le moment ce n'est pas de savoir quelles parties du texte sont de Sabinus, mais simplement de savoir si le texte est exempt des interpolations justiniennes. A en croire M. Beseler (1) les mots « *SED IN HOC... CESSAT* », que nous avons mis entre parenthèses, sont interpolés. Nous admettons avec

même pour l'époque où fut écrit le livre de M. Dernburg, car ce terme peut embrasser toute sorte d'accession, qui donne le *lucrum* au propriétaire, et non spécialement les fruits. Ainsi malgré toute l'acuité propre à Dernburg pour saisir l'essence d'un rapport, son appréciation n'est, cependant, pas assez claire.

(1) *Beiträge*, I, p. 113.

M. Beseler cette interpolation. En effet, la position de la phrase dans le texte la rend plus que suspecte. Elle interrompt l'exposé. Il est possible même que ce soit une scholie postclassique. Nous nous abstenons de nous prononcer sur ce point.

Mommsen propose de rayer les mots *QUOD IN PARTU*, comme superflus. C'est erroné. Ces mots sont à leur place. L'analyse du texte le montrera. Les autres parties du fragment comme l'ensemble, n'éveillent pas de soupçons. Etablir quelles parties du texte peuvent être antérieures à Ulpien, par exemple les parties attribuées par M. Schulz à Sabinus, sera important, pour déterminer l'état du problème au temps de Sabinus, et cette question, dans quelle mesure l'auteur du fragment fut original, mais non pas pour comprendre la conception d'Ulpien telle qu'elle était.

Au § 5 le jurisconsulte étudie la question de l'influence du moment de la conception et du moment de la parturition sur le sort du partus. Si à l'un de ces moments ou dans l'intervalle, l'ancilla (eo tempore et partus in utero eius) devient furtiva, l'usucapion est rendue impossible. Mais, si la conception a eu lieu chez un possesseur de bonne foi, de même que l'accouchement, l'embryon, cela se comprend, ne devient pas furtivus et peut être acquis par prescription. La subreptio s'envisage *RATIONE INITII*. Le vice de furtivité des animaux est traité par analogie. Ulpien souligne même l'importance des deux moments — *IN FETU EORUM QUOD IN PARTU*. Mais après que la question de la capacité d'un fœtus (*proprio sensu*) et d'un partus (*proprio sensu*) d'être acquis, est en principe résolue, voici que surgit un nouveau problème : à quel moment le b. f. possesseur acquiert-il ces deux objets ? Ce n'est qu'alors, après avoir mis au point son exposé de la première question,

qu'Ulpien aborde la seconde dans le § 6. Cette seconde question est celle de l'influence du rapport *IN FRUCTU ESSE* sur le moment de l'acquisition de fétus et de partus. Ce rapport, selon Ulpien, a fait que leur sort est différent après l'édition : *Ex furtivis equis nati STATIM b. f. p. sunt... at partus ancillae, etc...*

C'est le texte unique du Digeste où est traité en détail le problème du sort du fétus et du partus, semblable avant la parturition, différent après. Nous rencontrons ici le principe qui nous ramène à la conception du fr. 68. Quand Göppert, le représentant de la théorie des fruits comme produits organiques, traite la question de l'influence exercée par la furtivitas de la chose frugifère sur les fruits, il tombe dans l'erreur, car l'opinion qui assimile les fruits à des produits organiques (*organische Erzeugnisse*) n'est pas conforme aux témoignages de sources. D'ailleurs il remarque lui-même que l'étude de sa notion *fructus* est plus restreinte que *in fructu esse*. La terminologie de Göppert est très défectueuse et ne concorde pas avec celle de sources, puisque la valeur juridique n'a que l'*in fructu esse* ou ce qui revient au même *in fructu numerari, ad fructuarium pertinere*.

Il est d'usage de parler des produits animaux justement en ces derniers termes :

IN PECUDUM FRUCTU fétus est sicut lac et pilus et lana (fr. 28 cit.) *partus ancillae IN FRUCTU NON EST* (ibidem) ; *ex furtivis equis nati statim ad b. f. emptorem pertinebunt ; merito quia IN FRUCTU NUMERANTUR* (fr. 48, § 6 cit.) ; *lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est usucapi non potest ; si quidem apud b. f. emptorem contra quoniam IN FRUCTU EST* (fr. 4, § 19 D. 22. 1) etc.

Les *fructus* au sens primitif se rattachent à la terre (1).
Ce sont des produits végétaux :

Omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur (fr. 25 pr. D. 22. 1) ; *fructus pendentes pars fundi videntur* (fr. 44 D. 6. 1) ; *fructibus stantibus fundum recipere* (fr. 7, § 15 D. 24. 3), etc.

Au contraire, *fructus* dans l'acception technique du mot, dans les phrases comme : *FRUCTUS INTELLEGUNTUR DEDUCTIS IMPENSIS* ; *id demum FRUCTUUM NOMINE COMPUTANDUM...* ; *venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet* — est une abstraction juridique, égale à *REDITUS*, qui a perdu tout lien d'attache avec la provenance organique des produits. Cependant, le problème de *furtivitas fétus* (au sens large, y compris le *fétus humanus*) doit être posé comme problème des objets rentrant dans la classe de produits organiques, car, d'une part, il trouve sa solution théorique indépendamment du rapport *in fructu esse* et, partant, de sa nature juridique, et, d'autre part, est traité par les jurisconsultes dans ses rapports avec les moments de la reproduction organique des espèces. Envisagés de la sorte, les fruits végétaux et les produits du règne animal comme *lac*, *pilus*, *lana*, se trouvent dans une autre situation que les *fétus* et *partus*. Ce n'est que du moment de la séparation, qu'on prend en considération leur existence indépendante. Que le rapport de *furtivitas* soit possible aussi en ce qui concerne les *fructus agrorum* (2), cela apparaît dans le fr. 25 *de furtis* (Ulpian, lib. LXI ad Sab.). *Verum est quod plerique*

(1) La terre ayant été considérée comme *MATER*, selon la belle conception de Bachofen, l. c. 8.

(2) Dans ce passage sous *FRUCTUS*, nous entendons les produits organiques.

probant, fundi furti agi non posse. § 1. Unde quaeritur si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili surrepta (1).

Il est clair que le jurisconsulte parle de la *condictio furtiva*. Nous n'entrons pas dans le détail de la discussion de ce texte. Ce coup d'œil suffit pour le sujet que nous traitons actuellement.

DONC, AVANT LA SEPARATIO (lorsqu'a lieu la furtivité de la chose frugifère), on a :

d'une part : les produits végétaux, la laine, le lait, etc...

d'autre part : les fétus et les partus (in utero).

APRÈS LA SEPARATIO (resp. éditio), et quand on détermine les fructus dans le sens technique, on a :

d'une part : les produits végétaux, la laine, le lait, etc., les partus pecorum (quia gregatim habentur).

de l'autre : le partus mulieris.

Cette différence dans la classification et le critère d'après lequel le partus pecoris est rattaché aux fruits, nous aideront à élucider la conception générale des produits organiques chez Ulpien, et en même temps à rendre plus nette cette pensée subtile sur la différence entre le partus pecoris (resp. fétus) et le partus mulieris (resp. homo) qui a aussi déterminé chez lui le jeu de catégories purement juridiques.

Les embryons de l'homme et de l'animal ne diffèrent en rien l'un de l'autre (2) (partus in utero nondum homo est), bles d'être objets du furtum lorsqu'ils sont encore in utero.

(1) Cf. Aulu Gelle Noc. At. XI, 18, 13 et le fr. 2 D. 13. 3. V. l'analyse du fragment chez Huvelin. Furtum, p. 586.

(2) La différence que nous relevons plus bas, § 17 ci-dessous, n'entre pas en jeu dans la discussion.

Ulpien les traite comme des unités individuelles. La laine, mais le fait de leur existence individuelle les rend déjà capable lait, les fruits en germe ne sont pas des unités. Un grain, poil, une goutte de lait ne sont pas individualisés. Dans la conception du jurisconsulte se forme l'idée de la masse (*res quae numero constant*) inséparable (logiquement) de la chose frugifère. Les *arbores* de même sont incapables de différencier l'un de l'autre ; bien qu'organiquement ce soit l'arbre qui porte les fruits, s'il y a un groupe d'arbres, il n'y a qu'une modification quantitative et non pas qualitative du rapport. Partant, la pensée juridique forme une unité de tous les arbres d'un terrain (1). De là des propositions comme : *fructus pendentes pars fundi videtur ; omnis fructus non iure seminis sed iure soli percipitur*.

Arrive le moment DE LA SEPARATIO.

Les *fructus, pilius, lana, lac*, etc... restent en masse, perçue par l'intelligence quantitativement et juridiquement, restent parmi les *res quae numero, pondere, mensura constant*.

Le *partus pecoris* reste conçu comme une unité individuelle, mais dans le grex, sa situation est égale à celle du poil dans la toison ; la conception de sa singularité, tant qu'il était dans le sein de la mère, s'est fondue dans le nouveau rapport de la nature d' « IN FRUCTU ESSE : le fœtus est envisagé juridiquement comme le fructus.

Le *partus ancillae* est devenu *homo* au moment de l'éditio. S'il n'était, comme auparavant, qu'une unité de son espèce,

(1) Il faut remarquer ici qu'une unité quelconque (arbre, grain, par ex.) peut être individualisé *in specie*, dans un rapport juridique concret. Donc une chose individuellement définie dans une espèce, ne coïncide pas, cela se comprend, avec la notion de l'individualité comme l'opposé de l'espèce (*species*).

pareil au fœtus, il aurait conservé sa capacité *gregatim haberi* et celle, dans le plan juridique, de *gregem supplere*, au sens technique du mot. Ainsi que nous l'avons vu, cette conception ne répondait pas aux réalités de la vie économique et du commerce juridique.

Notre fragment permet de saisir cette subtile pensée d'Ulpien, qui distingue dans la vie réelle l'unité d'une espèce et l'individualité. L'individualisation absolue de l'esclave dans le commerce juridique fut la conséquence de cette conception qu'il a saisie par intuition. Cette phrase confuse à première vue : *neque in fructu hominis homo esse potest*, n'est que l'expression de cette conception. Ce qui *prima facie* semble une malheureuse confusion entre deux ordres de choses différents — la conception philosophique de la nature humaine, d'une part, et les dispositions positives qui la traduisent dans le plan juridique, a empêché les érudits de tirer du fragment les conclusions qu'il comporte. A strictement parler, il n'y a pas ici de confusion, mais seulement l'emploi équivoque d'un terme : les propositoins *HAC RATIONE*, etc., se rapportent non à *homo* dans la conception philosophique de Brutus, mais à *HOMO SERVIENS* (qui reste tout de même *HOMO*) comme élément des rapports juridiques (1). La faute en est à cette citation recherchée de Brutus. Il n'est pas rare qu'Ulpien procède de la sorte.

3. Il nous reste, maintenant, à revoir le texte afin de nous rendre compte dans quelle mesure son ensemble duquel nous avons pu tirer ces conclusions a été composé par Ulpien à l'aide d'éléments antérieurs. L'idée qu'il exprime est-elle ori-

(1) V. plus bas, § 18.

ginale, lui est-elle personnelle, ou l'a-t-il empruntée à ses prédécesseurs ?

MM. Lenel et Schulz (1) croient que les parties suivantes appartiennent à Sabinus : *Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud b. f. possessorem...* Idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum quod in partu.

Huvelin s'oppose à cette idée pour des raisons d'ordre historique (2). « Et alors, dit-il, si les mots « vel apud furem concepit » ont pour auteur Sabinus, il s'ensuit que bien avant le temps de Marcellus et de Scaevola, on excluait l'usucapion pour l'enfant conçu chez le voleur. Cette difficulté ne saurait nous arrêter évidemment les mots « vel apud furem », n'ont pas Sabinus pour auteur. Sinon le témoignage de Scaevola (3) ne se comprenait pas. Les mots « vel apud furem concepit » sont tout au plus d'Ulpian, et plutôt même des compilateurs. Rien n'établit qu'on tranche négativement avant le temps d'Ulpian, peut-être même au temps de Justinien, la question de savoir si l'enfant conçu chez le voleur depuis le vol est susceptible d'usucapion. »

Nous préférons nous rallier à l'opinion d'Huvelin, là où celui-ci s'explique en faveur d'Ulpian. De plus, il nous semble que dans le raisonnement de M. Schulz que nous allons citer, il y a un malentendu grave d'interprétation. M. Schulz attribue, en outre des parties citées du fragment, encore les mots « ex furtivis equis nati... pertinebunt » à un autre juris-

(1) Lenel, Pal. II c. c. 1169-1170 et n. 1 ; Schulz, Sabinus Fragmenta in Ulpian's Sabinus Commentar. Halle 1906, p. 84.

(2) L. c., p. 531.

(3) Il s'agit du fr. 10, § 2 D. 41. 3 qu'Huvelin analyse avant notre texte à la page 529.

consulte, qu'Ulpien. Pour lui, ces mots venaient du jurisconsulte qui soutenait l'opinion opposée à celle de Sabinus et le nom de ce jurisconsulte a été supprimé. Voyons quel est son raisonnement.

« Les derniers mots, dit-il, s'opposent (*polemisieren*) à la proposition « idem et — quod in partu », alors que cette dernière doit être celle de Sabinus. » Nous ne voyons nulle part aucune trace de controverse prétendue. Il paraît que M. Schulz a pris QUOD IN PARTU pour l'ellipse du « quod in partu ancillae », tandis qu'ici la signification de ces mots est comme nous avons vu, tout autre. *Idem et in PECUDIBUS...* et in FETU EORUM, quod in PARTU (EORUM scil.). La dernière phrase, le § 6 appartient exclusivement à Ulpien, qui ne « *polimisiert* » avec personne. Il distingue savamment les deux problèmes établis plus haut et introduit la discussion du second en le délimitant par le paragraphe nouveau, ce que les compilateurs ont suivi.

Passons aux soupçons que le texte a éveillé chez Huvelin. « Les mots « vel apud furem concepit » sont au plus d'Ulpien, et *plutôt même des compilateurs*. » Nous croyons que les résultats de notre étude suffisent à dissiper ce soupçon. Le fait qu'une seule et même idée gît au fond de deux fragments est frappant. Et cela d'autant plus que les fragments sont placés par des compilateurs dans les titres qui traitent de choses aussi différentes que l'usufruit et le furtum. Il serait invraisemblable de croire que cette idée aurait guidé les compilateurs et aurait été introduite par leur initiative. De plus elle est trop déguisée dans les dispositions positives et relève plutôt de la mentalité individuelle que de l'idée directrice d'un groupe, comme celle des compilateurs. Pourquoi croire que cette innovation ne fut introduite que par la

commission de Tribonien ? Est-ce parce que, après la critique célèbre de Pernice, on ne croit plus Ulprien capable d'une idée forte et originale ? C'est exagéré, et ce malentendu, semble-t-il, doit être dissipé, puisqu'il empêche de voir les faits historiques tels qu'ils étaient. Nous croyons donc que le texte dans son ensemble doit être attribué purement et simplement à Ulprien.

§ 14

Coup d'œil sur quelques fragments traitant le problème de l'acquisition du partus de l'ancilla furtiva. Le caractère de travail juridique byzantin dans le fragment 4 pr. D. 41.10 attribué à Pomponius. Passage de Jean Malalas (Livre XVIII Chronographia), La théorie de justes titres. La Théorie de Paul. Analyse du fr. 2 D. pro suo 41, 10 Historique de la Théorie. La base de la Théorie.

Dans le paragraphe précédent, nous avons examiné la théorie d'Ulpien, sans insister sur la distinction de *subreptio* et de *furtum* qu'Huvelin a relevé d'une façon si excellente dans les pages citées de son ouvrage. Quant à l'ancilla il n'y a pas de doutes que les textes examinés envisagent l'ancilla *subrepta*, mais que dirons-nous du partus. Est-ce que PARTUS FURTIVUS = PARTUS SUBREPTUS ? Ou s'est-on écarté de l'ancienne interprétation littérale de la *lex Atinia* ?

« Le témoignage de Sabinus — dit Huvelin à la page 531 — prouve qu'on exige la bonne foi de celui qui usucape le part de l'ancilla furtiva et qu'on restreint ainsi le champ de cette usucapion. Cette innovation doit se traduire par des vues historiques toutes nouvelles. La *subreptio* est un fait qui se réalise une fois pour toutes, en un trait de temps et qui, une fois réalisé, ne dépend plus des événements ultérieurs et, notamment, des circonstances qui peuvent affecter la conscience du possesseur de la *res subrepta*. La *bona fides*, au

contraire, est un état de conscience soumis aux lois de la durée, et qui peut, par suite, se perdre, exister chez certains possesseurs, faire défaut chez les autres, etc... La subreptio a donc un caractère absolu, la bona fides, un caractère relatif. Tandis que, en partant de l'idée de subreptio, on doit admettre tout possesseur à usucaper le part d'ancilla conçu après la subreptio, en partant de l'idée de bona fides on doit exclure tout acquéreur de mauvaise foi et en première ligne subripiens lui-même. »

Le passage est magistral, mais l'idée doit être précisée pour devenir tout à fait conforme aux sources.

Reprenons la dernière phrase du passage. « En partant de l'idée de subreptio on doit admettre tout possesseur à usucaper le part d'ancilla conçu après la subreptio. » Pourquoi donc l'enfant conçu après la subreptio, mais chez le voleur, ne peut-il pas être usucapé par le possesseur de bonne foi ? Et Ulpien dans le fragment cité, tout comme Iulien fr. 26 D. 1. 5) établit d'une façon nette cette règle. Ce dernier exclut l'usucapion parce que *partus tamquam furtivus est*. Nous ne voulons pas nier le principe énoncé par Huvelin, mais nous voulons tracer les limites de son domaine d'application. « On doit exclure — dit Huvelin — tout acquéreur de mauvaise foi et en première ligne le subripiens lui-même. » Voilà ce que nous contestons comme erroné. Le subripiens est exclu de l'usucapion, non pas en tant que possesseur de mauvaise foi, mais en tant que subripiens, en tant que voleur. Il fait la nouvelle subreptio en *contrectant* le part. De même que nous lisons ailleurs *lana ovium furtivarum si apud furem detonsa est usucapi non potest*. Il y a donc une différence de fond entre un *fur* et un simple possesseur de mauvaise foi.

La *lex Atinia* n'intéresse pas le part conçu chez le possesseur de mauvaise foi, mais elle barre la route à l'usucapion de l'enfant conçu chez un fur.

1° Nous allons maintenant examiner les textes de Pomponius et de Paul, traitant notre hypothèse. Et ensuite seulement nous passerons au fragment d'Ulpien, où celui-ci cite l'opinion de Scaevola, qui occupe une position à part.

Ce qui est commun dans les fragments à considérer, c'est qu'ils traitent le problème de l'acquisition du part en dehors du problème pareil de fœtus. Ils traitent le problème au point de vue de l'usucapion et des règles qui en découlent.

Pomponius, lib. XXII ad Sab. (fr. 4 pr. D. pro suo 41. 10).

Si ancillam furtivam emisti fide bona ex ea natum et apud te conceptum est ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres matrem eius furtivam esse, Trebatius omnimodo quod ita possessum esset, usucaptum esse ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris intra statutum tempus, cuius id mancipium esset, aut si scieris neque potueris certiorum dominum facere, aut si potueris quoque et feceris certiorum, usucaperes : sin vero, cum scires et posses. non feceris certiorum, contra esse : tum enim clam possedisse vileberis, neque idem et pro suo et clam possidere potest.

Un coup d'œil rapide suffit pour constater que le texte a été profondément retouché par des compilateurs. Si la première moitié du fragment « si ancillam... usucaptum esse » est seulement remaniée, on pourrait admettre que la seconde moitié provient de la commission de Tribonien.

En effet, jusqu'à *usucaptum esse* on peut essayer de reconstituer le texte primitif en corrigeant la tournure gauche des phrases, en s'appuyant sur des faits constatés par la doc-

trine moderne, mais à partir de *ego sic puto* jusqu'à la fin, toute tentative de ce genre est inutile, le style de la chancellerie impériale de Byzance saute aux yeux dans les tournures compliquées de propositions conditionnelles (1), dans leur casuistique fort éloignée du caractère élégant et simple de la solution d'une espèce par le jurisconsulte classique.

Il faut insérer « *quod* » après *fide bona*. Il faut éliminer *et quod apud te conceptum est* comme inclus dans le texte postérieurement, et troublant l'ordre chronologique des événements. *Constitutum tempus* provient, à ce qu'il semble, des compilateurs. Le nom Trebatius n'est pas certain. Nous nous abstiendrons de conclusions quelconques sur cette partie du texte.

La deuxième partie du fragment est plus intéressante — ici nous pourrions analyser les caractères du travail juridique byzantin sur notre problème. Voici l'espèce : l'enfant est conçu et né chez le possesseur de bonne foi, ce qui résulte de la première moitié du texte tel qu'il a été rédigé par des savants byzantins. La réponse de principe prononcée par Ulpien ne satisfait pas les orientaux de nouvelle formation. Ils introduisent une nouvelle condition pour l'acquisition de l'enfant esclave. La combinaison du juste titre (*pro suo*) et de la bonne foi se projette dans les solutions. Cette condition est le devoir du possesseur au cas de *mala fides superveniens* d'annoncer au propriétaire, si celui-ci est connu, que l'enfant est chez lui. Dans un seul cas, s'il pouvait prévenir le propriétaire et s'il ne l'a pas prévenu, le possesseur n'acquiert pas l'enfant. Que relevons-nous de caractéristique dans

(1) Cf. Eisele, l. c. ; Gradenwitz, l. c. dans le *Ztsch. d. Sav. St.* 1886 ; Lenel. *Pal. Praefatio ad Vol. alterum cit.*

ce texte ? C'est le désir de prévoir toutes les hypothèses imaginables. Un jurisconsulte classique (admettons qu'il voulait énoncer ce principe) ne dirait qu'une seule phrase, la dernière. Les autres pourraient être déduites à contrario. Le byzantin fait tout une liste des hypothèses imaginées.

Il est digne de remarque que l'étude de droit s'est éloignée de la vie quotidienne. Dans les solutions des jurisconsultes classiques, les hypothèses discutées sont presque toujours des cas réellement vécus. Ce qui donne l'empreinte de la réalité à la discussion même. Voilà, semble-t-il, un critère de fond pour reconnaître l'interpolation : le manque de cette empreinte. Il est très délicat, mais dans les mains expérimentées et sensibles, il servira comme un argument de plus et, parfois, il pourrait aider à reconnaître, au contraire, le texte pour authentique.

Ce trait de prévoir toutes les hypothèses possibles est très caractéristique justement pour le règne de Justinien. Ce prince voulait régler tout d'avance. Dans la monarchie organisée il ne veut rien laisser à l'interprétation, au jeu du hasard. Dans ce sens un témoignage de Jean Malalas (1) est très intéressant. C'est la chronique de 529. Au consulat de Dece — lisons-nous — à Athènes, un édit fut publié par lequel l'empereur défendait d'enseigner publiquement la philosophie ou d'interpréter les lois. Il avait défendu de même dans tout l'empire de pratiquer les jeux de hasard.

Ainsi le *hasard* doit être éliminé coûte que coûte. Voilà l'origine de ces tournures compliquées des textes interpolés, relevées par MM. Gradenwitz et Eisele. De même que dans la religion, l'empereur fatigué de prêter l'oreille à des dis-

(1) Livre XVIII. Chronographia, p. 451. Corp. ser. Hist. Byz. Bonn.

cussions, énonce le principe : De summa trinitate et de fide catholica et UT NEMO DE EA PUBLICE CONTENDERE AUDEAT (C. 1. 1), dans le droit on est obligé de prévoir toutes les espèces possibles, afin d'éviter l'interprétation des textes. La rédaction des textes interpolés est souvent gauche et peu soignée parce que, justement, on ne fait attention qu'aux conséquences pouvant être déduites. Une telle phrase se suffit à elle-même. Une autre question même voisine sera tranchée ailleurs.

Le jurisconsulte classique, au contraire, pèse chaque mot. Il envisage la question à résoudre, mais il le met en concordance avec l'institution entière. Partant, le texte donné ouvre un vaste champ aux opérations théoriques.

Paul, lib. LIV ad Sab. (fr. 4 D. 41. 3).

§ 15. Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet. § 16. De illo quaeritur, si servus meus ancillam, quam subripuit, pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum usucapere possim. Sabinus et Cassius non putant, quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret, et hoc verum est.

Quelle est la portée de ce texte ? Est-il en contradiction avec le texte d'Ulpien ? Evidemment non. Malgré la conception du part chez le possesseur de bonne foi, celui-ci ne peut pas usucaper l'enfant né, puisqu'il est le successeur du vice de son ayant-droit (§ 15) ; puisque à son escient la mère est devenue furtive par le fait de son esclave (§ 16). La même règle est énoncée par Ulpien ailleurs et à propos d'une autre hypothèse. Mais la formule est de portée générale.

Ulpien, lib. XVI ad Ed. (fr. 11, § 2 D. 6. 2).

Sed heres furis hanc actionem non habet, QUIA VITIORUM DEFUNCTI SUCCESSOR EST.

Quelle est la position des juriconsultes antérieurs ? Nous voyons que Paul et Ulpien professent la même doctrine. Or, nous avons le texte de Julien qui donne la solution inverse.

Julien, fr. 9 D. pro empt. 41. 4.

Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius quasi emptor usucapere.

Julien n'énoncerait pas cette pensée banale que le b. f. p. acquiert le part. Il s'agit sans doute de la même espèce, c'est-à-dire que son esclave a volé l'ancilla. Nous possédons un autre texte qui résout le problème EXPLICITEMENT dans le sens inverse et en ces termes.

Julien, fr. 10 eod.

Servus domino ancillam quam subripuerat pro capite suo dedit ; ea concepit. Quaesitum est an dominus eum partum usucapere possit ? Respondit : hic dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere, et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.

Son raisonnement est simple mais peu convaincant. La valeur dont il est privé étant absente, il acquiert le part, bien qu'il ne puisse pas acquérir la femme même vu la lex Atrinia ; le part est envisagé à peu près comme les dommages-intérêts. On voit tout de suite que la théorie est loin d'être raffinée. Et, en même temps le b. f. p. l'acquiert en vertu du juste titre de la tradition de la mère. La distinction juridique n'est pas encore établie (1). Nous verrons plus loin quel est le sens de la controverse.

(1) Contra M. Appleton. Propriété prétorienne. T. I, ch. XIV. Ses raisons sont très critiquables ; le texte de Papinien, fr. 44, § 2 D. 41. 3 ne sauve pas la situation. V. plus bas.

Revenons à la théorie de Paul.

Les §§ suivants du fragment cité de ce jurisconsulte paraissent fort suspects. § 17 eod. Sed et si, ut servum meum manumitterem, alius mihi [furtivam] ancillam <quam ille subripuit> dederit eaue apud me conceperit et pepererit, usu me non capturum [idemque fore etiam, si quis eam ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset, item si donasset], § 18 [si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere : quod si nescierit posse. Quod si iam usucaperet, cognoverit alienam esse], initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit.

« La suite des idées prouve à mon gré, dit M. Appleton (1), que Paul s'occupait toujours de cette ancilla, volée par l'esclave du possesseur ; cela résulte notamment des mots *eam ancillam*, employés par Paul. » Cette remarque est juste. Autrement nous ne saurions comprendre le texte. Nous proposerons même de corriger le texte, ainsi que nous avons indiqué par des parenthèses. Jusqu'à *me non capturum*, admettons que le texte soit de Paul, les compilateurs ayant remplacé par hâte ou par négligence des mots primitifs par *furtivam*. L'hypothèse qu'il envisage est assez curieuse : le vice de furtivité ne tombe pas à l'égard de ce possesseur singulier. Sa position ne diffère pas à ce point de vue de celle d'un voleur qui vend la femme esclave furtive à une tierce personne et la rachète au bout de quelque temps. Ce qui est dans l'espèce déguisé par des circonstances que Paul envisage comme négligeables.

(1) L. c. 139. note 9.

Tout de même, cette correction suffirait seulement si l'on admettait le texte comme simplement récrit. Ce n'est pas clair. Paul aurait-il, en effet, traité l'espèce après avoir énoncé le principe dans le paragraphe précédent. C'est fort douteux.

Quoiqu'il en soit, à partir de *idemque* jusqu'à la fin du paragraphe commence une glose. Ce n'est pas le texte retouché, c'est une addition et, croyons-nous, c'est une addition pré-justinienne. Le § 18 procède des compilateurs. Il semble d'ailleurs que dans ce paragraphe on ne discute pas le moment de furtivité. La dernière phrase pourrait tout de même exprimer l'idée de Paul — INITIUM USUCAPIONIS INTUERI DEBEMUS SICUT IN EMPTIS REBUS PLACUIT.

Qu'est-ce que cela signifie ? D'abord PLACUIT. S'il provient des compilateurs, ce mot paraît étrange. Au contraire, il serait très compréhensible sur les lèvres de Paul. Il s'agissait alors de la théorie admise par ses prédécesseurs et à laquelle il n'adhère pas.

Quels sont ces prédécesseurs ? Qu'est-ce que signifie INITIUM USUCAPIONIS INTUERI DEBEMUS, sicut in emptis rebus ?

Est-ce une allusion au juste titre d'usucapion ? Certainement. Il est devenu de style de traiter la question du juste titre en se référant au titre PRO EMPTORE comme TITRE TYPE, peut-être parce que c'était l'hypothèse la plus fréquente dans la pratique.

Alors nous voici devant le problème qui a provoqué la controverse connue dans la littérature romaniste. Le titre *pro suo*, proposé par Paul dans le Digeste était-il son opinion isolée ou était-ce le point d'aboutissement de la doctrine achevée, qui a remplacé l'ancienne doctrine où le possesseur acquiert le partus *ex ea causa ex qua ancillam usucaperet nisi*, etc...

Julien est le champion de cette dernière. Le texte fondamental est fr. 33 D. 41. 3.

Non solum bonae fidei emptores ; sed et omnes, qui possident ex causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt ; idque ratione iuris introductum arbitror ; nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex XII tabularum, vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi si apud eum conceptus, et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.

Il faut faire attention aux mots « idque... arbitror ». Julien expose la règle établie antérieurement dans la pratique. Mais la base théorique de cette règle ne lui semble pas claire. Il tâche ensuite de formuler la raison juridique de cette règle. Ce serait le juste titre de la tradition de l'ancilla.

Quelle est la base de cette règle ? Remarquons que pour comprendre la controverse, il faut faire encore un pas vers la conscience, vers la conception du monde générale du jurisconsulte, autrement nous n'aboutirons à rien. Or, quand je dis la base de la théorie, j'exprime une autre idée que la base théorique. Je veux indiquer par ces mots l'idée qui git au fond de la base théorique. Cette idée relève de la conception du monde (Weltanschauung) et sert de base à la base théorique d'une règle. Il s'agit ainsi de saisir ce jeu des idées, ces trois étapes logiques ou plutôt psychologiques, car ici nous sommes sur le sommet de l'origine psychologique du texte, le sommet qui n'est autre que la conscience du jurisconsulte.

Le juste titre de l'ancilla étendu au partus. Le partus suit ainsi le sort de sa mère, comme il suit le sort de sa mère dans le cas du legs de celle-ci (fr. 84, § 10 D. leg. 30 cité).

L'idée est la même. Le rapport du partus avec la mère prévaut sur le fait de son existence individuelle. Si la mère ne peut pas être usucapée à cause de la *lex Atinia*, le juste titre existe, il sera le juste titre pour l'usucapion du partus. Ce qui importe pratiquement, c'est l'existence du juste titre, et c'est tout. Alors le raisonnement reflète nécessairement sa conception générale du cas discuté, sa place non seulement dans le système de droit, mais dans l'ordre des choses, dans la *rerum natura*. Nous serions enclins à admettre que la MAGNA MATER pourrait inspirer cette idée. Son culte était adopté à Rome, mais en Afrique la déesse syrienne était adorée davantage. Or, Julien est originaire de l'Afrique.

Faisons attention aux modes d'expression employés par Julien d'un côté, et Ulpien de l'autre.

La règle est la même : les deux moments (de la conception et de la parturition) déterminent la possibilité de l'usucapion. Mais la base de la théorie est-elle la même ? Nous le verrons.

1^o Voici Julien : ...ex ea causa necesse est partum usucapi si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo FURTIVAM ESSE MATREM IGNORABAT.

2^o Ulpien : ...si concepit apud b. f. possessorem, ibique pepererit, eveniet ut PARTUS FURTIVUS NON SIT, verum etiam usucapi possit.

1^o LA MÈRE EST AU CENTRE. Le vice de la furtivité ignoré par le b. f. p. ne nuit pas à l'usucapion du part. Au contraire, le titre que le b. f. p. peut invoquer couvre le part. Il n'est considéré que comme le produit de sa mère. Alors, *conceptus et editus* n'ont d'autre signification si ce n'est que la mère doit être possédée bona fide et cette qualité sera reflétée par le part.

2° LE PARTUS EST AU CENTRE. C'est lui qui n'est pas furtif, si l'ancilla l'a conçu chez le possesseur de bonne foi. *Conceptio* et *editio* sont les deux moments de son existence propre qui déterminent son sort juridique.

Pour la commodité de l'exposé, nous ne suivrons pas les textes dans leur ordre chronologique ; nous laisserons, pour le moment de côté, le fragment de Scaevola, que nous analyserons le dernier. Passons tout droit à la théorie de Paul qui occupe, au dire de certains auteurs, une position isolée. Alors nous saurons mieux comprendre le sens du fragment de Papinien sur ce sujet.

Paul, lib. LIV ad Ed. (fr. 2 D. 41. 10).

Est species possessionis quae vocatur pro suo hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra caelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt, item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus : similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.

Suivons avec attention la liste des espèces où le titre pro suo entre en jeu. Paul distingue, semble-t-il, deux groupes principaux :

1° les res nullius quae cedunt primo occupanti.

2° les produits naturels des choses que nous possédons en vertu d'un titre préexistant.

Au premier groupe il ajoute l'alluvion.

Au deuxième groupe il ajoute les fruits.

Ce groupement est étrange. Nous ne relevons pas pour le moment la sous-distinction qu'on rencontre dans le deuxième groupe.

Le premier groupe englobe les modes originaires de l'acquisition, le deuxième groupe les modes dérivés. Mais les modes dérivés de l'acquisition de quoi ? Non pas de la chose qu'on va usucaper en vertu du titre *pro suo*, mais de la chose « *du fait* » de laquelle on acquiert le titre. Cette chose ici, ne joue d'autre rôle que les eaux, la terre et le ciel pour le premier groupe, le fond pour l'alluvion. C'est le mode originare lui aussi dans ce sens qu'il ne dérive pas immédiatement de droit de la tierce personne, s'il en relève ce n'est que par l'intermédiaire du juste titre de la chose principale. Paul ajoute les fruits. Mais les fruits comme les objets du premier groupe seront acquis immédiatement, il seront *statim* la propriété de l'acquéreur. La liste n'aurait pas de valeur théorique si elle ne contenait un critère de nature juridique. Or, Paul est un excellent théoricien. Il ne serait pas exact de dire que c'est *OPINIO DOMINI* dans ce sens qu'il devient propriétaire en se croyant propriétaire de la chose de laquelle il tire l'objet. Il n'est pas le dominus de la terre ou du ciel. Ce qui est commun pour tous les groupes, ce sera la croyance de l'acquéreur qu'il acquiert la propriété par son propre fait qui ne concerne personne : *PRO SUO*. Voilà le critère général. C'est ce que devait penser Paul quand il rédigeait le fragment.

Mais il distingue deux groupes qu'il rejoint par le mot *item*. Nous avons trouvé le critère commun qui lui avait permis d'employer ce mot. Maintenant nous tâcherons de trouver le critère spécifique de chaque groupe ; les deux appendices, l'alluvion et les fruits nous aideront à faire paraître la netteté de la pensée de Paul.

1° Le titre *pro suo* naît du rapport de fait envers la nature. Ce rapport est l'occupatio qui est juridiquement un acte uni-

latéral. Au moment de s'accomplir il ne touche personne ou, plutôt, tout le monde ce qui revient au même.

2° Le titre *pro suo* naît du rapport juridique, qui lui même, est basé sur l'autre titre. Ce dernier provient nécessairement d'un acte bilatéral. Le possesseur est l'ayant-droit d'une personne déterminée. S'il acquiert le part en vertu du juste titre *pro suo*, ce titre est basé sur sa croyance légitime d'être propriétaire de l'ancilla ou du moins propriétaire prétorien du type *pro emptore*. Et pour cela, le juste titre de possession de cette dernière a été nécessaire.

L'effet juridique de l'alluvion provient du fait de la nature.

L'effet juridique de la séparation des fruits provient lui-même du fait de la nature, mais d'une espèce particulière. La notion juridique du rapport *in fructu esse* change la physionomie de ce groupe autant que le rapport juridique à l'égard de la chose principale, change la physionomie du titre *pro suo* dans l'espèce de l'enfant esclave.

Un trait remarquable est que Paul, comme Papinien ailleurs, paraît considérer les fruits à la fois comme objets empiriques et comme une valeur abstraite résultant du rapport personnel relatif.

Ce n'est pas tout. Tout une doctrine du juste titre est exposée dans ce fragment.

Faisons attention à cette distinction subtile : *partus HEREDITARIAE* aut *EMPTAE ancillae*. Pour la seconde hypothèse le titre *pro emptore* — le titre type. Sa construction juridique est bien claire. Si les compilateurs ont divisé en plusieurs titres le livre contenant la matière de *justus titulus*, c'est par inclination à prévoir toutes les espèces possibles. Dans le droit classique la théorie ne connaissait que trois groupes de

titres. Quel est le titre, en effet, en vertu duquel on possède une ancilla hereditaria ? C'est le titre *pro herede* ou *pro possessore*, ce qui revient au même. Nous nous trouvons donc devant les trois variétés : 1° *pro possessore* ; 2° titre type, *pro emptore* ; 3° *pro suo*.

Nous avons démontré le rapport du troisième titre avec le second. Il suffit de dire que le titre *pro possessore* d'une ancilla peut servir de base au titre *pro suo* dans l'espèce de l'acquisition du part.

Nous voyons que le fragment en question contient une théorie bien élaborée. Ce qui le caractérise et ce qui a provoqué cette liste des applications est le critère relevé plus haut. Pour être possesseur *pro suo*, il suffit alors de croire qu'on est devenu dominus du part par son propre fait et non pas en vertu du titre reçu par le fait d'une autre personne. L'acquisition du part se détache de la sorte du sort de sa mère. Maintenant devient compréhensible la phrase qui nous a amené à cet examen.

INITIUM USUCAPIONIS INTUERI DEBEMUS, SICUT IN EMPTIS REBUS PLACUIT.

Initium usucapionis, c'est le moment de l'*editio* qui ouvre le chemin de la possession *pro suo*. Notre fragment marque, alors, une réaction contre le point de vue des prédécesseurs. Mais à l'égard de qui Paul emploierait-il le mot *PLACUIT* ? A l'égard d'Ulpien et de Papinien ? C'est peu probable. Le livre 54 ad edictum, dont notre fragment est tiré, fut écrit selon Fitting (1) en tout cas avant 212, alors que Papinien était encore préfet du prétoire, et Ulpien, peut-être, magister

(1) L. c. 84-85.

à libellis. D'autre part, le fragment, en effet, porte l'empreinte de la méthode d'Ulpien, que nous avons rencontrée deux fois en analysant le fr. 68 et le fr. 48, §§ 5, 6 de furtis. Il serait trop audacieux de dire que notre texte est le résultat des entretiens de Paul avec Ulpien, bien que ce soit très possible (1). Nous n'avons pas d'autre point d'appui pour affirmer cette supposition. Mais Ulpien, en tout cas, ne devait pas être adversaire de cette doctrine et il ne l'était pas. Les expressions analysées plus haut du fr. 48, §§ 5, 6 de furtis sont assez éloquentes, semble-t-il. Nous sommes devant un exemple intéressant où la différence des bases de la théorie a eu pour résultat une fois une règle identique, l'autre fois, au contraire, s'est projetée incarnée dans les règles différentes.

L'argument qu'on invoque au profit de la thèse opposée, c'est-à-dire qu'Ulpien était l'adversaire de Paul sur cette question, est bien fragile : la citation qu'Ulpien fait dans le § 4 du fr. 11 D. 6. 2. Idem Iulianus, etc., ne signifie qu'une chose, c'est qu'Ulpien a lu le Digeste de son illustre prédécesseur. Si, ajoutons, cette citation n'est pas interpolée (2). Quant à Papinien, nous possédons le texte qui expose le fond de la théorie, que Paul vient de formuler.

Papinianus, lib. XXIII quaest. (fr. 44, §§ 2. 3. D. 41. 3).

Etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspicere placet, nonnumquam tamen evenit, ut non initium praesentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quae bonam fidem habuit, inspiciamus, veluti

(1) Cf. tout de même Kalb. Roms Juristen, p. 136.

(2) V. plus bas, § 17.

circa partum eius mulieris, quam bona fide coepit possidere, non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit, idem in servo postliminio reverso dictum. § 3. Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est sive servus hereditarius aliquid comparat sive defunctus usucapere coeperat : sed haec iure singulari recepta sunt.

Le texte est fort intéressant et clair en même temps. Parlons de l'espèce du § 2. Le point de départ de la discussion est la règle générale qui sert d'introduction : en ce qui concerne l'usucapion il faut voir le commencement de la possession et non pas le commencement du contrat. Si nous voulions tirer des conclusions dans l'espèce qui est présentée plus haut — l'espèce où le part a été conçu et est né chez le b. f. p., il faudrait prendre alors en considération le commencement de l'usucapion — l'editio et non pas le contractus qui serait le juste titre pour la possession de la mère. Or, le commencement de l'usucapion se caractérisait par cette croyance du b. f. p. qu'il acquérait le dominium par son propre fait et non en vertu du contrat conclu à propos de l'ancilla. C'est donc l'élément essentiel du titre pro suo qui se fait jour.

Ce que Papinien envisage, cette croyance du b. f. p., est clair du fait qu'il traite ensuite l'espèce où cette croyance fait défaut.

Parfois, dit-il, il arrive que pour donner une base à la bonne foi, nous regardions non pas l'*initium* de la possession actuelle (l'espèce qui vient d'être mentionnée par nous), mais la cause de la tradition antérieure (ANTIQUIOREM CAUSAM), laquelle est opposée implicitement par lui à la cause récente, qu'il prend, par conséquent, en considération. Quelle est donc

l'espèce où la *causa antiquior* entre en jeu. L'enfant est conçu chez le b. f. p., mais avant qu'il naisse, celui-ci apprend que l'ancilla est furtive. Il s'ensuit que non seulement il n'est pas propriétaire, mais qu'il ne le deviendra jamais. Il est impossible pour lui de se croire le propriétaire de l'enfant (1). Il pourra néanmoins l'usucaper. Mais en vertu de quel titre ? Pro suo ? Non évidemment. L'élément principal fait défaut, cependant il le possédera en vertu du titre de la tradition de l'ancilla. L'élément subsidiaire de la nature juridique de *pro suo* se fait jour : *pro suo* s'appuie sur le titre de la tradition.

Quelle est la base de cette théorie ? Papinien nous permet de répondre à cette question.

Ce qui importe c'est le moment de la conception : l'embryon par lui-même doit être considéré comme un objet à part. Si l'usucapion elle-même ne peut pas commencer au moment de la conception, c'est parce que le part n'est pas encore parmi les res qui peuvent être individuellement atteintes : le *corpus possessionis* fera défaut. Le sort de l'enfant est autre que le sort de la mère — il souligne ce jugement : NON ENIM IDEO MINUS CAPIETUR USU PUER, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit.

Comment doit-on considérer cet espace de temps qui court du moment où le b. f. p. prit connaissance du vice de l'ancilla, jusqu'au moment de l'editio ? Deux ordres de choses se rencontrent. Comme le partus est tout de même *pars viscerum*, le vice de la mère l'affecte. Mais comme il est un objet à part dont la continuité d'existence court à partir de la con-

(1) Nous n'insistons point sur la différence entre le propriétaire quiritaire et prétorien dans les différentes hypothèses de l'acquisition. Les conclusions sont applicables *mutatis mutandis*.

ception jusqu'au *finis corporis*, il ne perdra pas son caractère particulier et indépendant. Alors, dit Papinien, le moment de l'editio sera analogue au *postliminium* de l'esclave revenu de captivité.

Voilà une image juridique impressionnante. La force papinienne de la conception se fait jour. Elle nous révèle la direction prise dès lors dans l'ordre des idées autour de notre problème.

Le chaînon qui manque jusqu'ici pour établir le passage de la conception de Julien à celle de Papinien, nous le trouvons, semble-t-il, dans le passage du livre 16 ad ed., c'est le fr. 10, § 2 D. 41. 3.

Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum iuvenum non posse : sic inquit quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit se putare posse et partum : nec enim esse partum rei furtivae partem, ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset usucapi poterat.

Le texte est-il pur ? Huvelin (l. c. 529) hésite à se prononcer sur les questions qu'il soulève. Qui serait l'auteur des retouches ? Dans quelle mesure le texte serait-il remanié ou simplement mal récrit ? Il s'abstient même de toutes conclusions qu'on pourrait faire en s'appuyant sur la partie suspecte. On sait que la Florentine nous a transmis la sentence de Scaevola dans cette forme insoutenable : « SI ESSE pars nec si apud b. f. emptorem PEPERISSE usucapi poterat. » Nous croyons la prudence d'Huvelin très raisonnable, bien que, à notre avis, le texte ne soit pas gravement retouché. Analyser

ce texte, tel qu'il est, c'est-à-dire isolé, est une tâche dange-reuse. Mais nous nous permettrons de ne pas suivre l'exem-ple de l'éminent romaniste — notre situation étant toute dif-férente. En effet, nous sommes en présence de plusieurs faits établis. Nous pouvons envisager le texte dans l'ensemble his-torique. Partant de la conception de Julien, nous pourrons déterminer le caractère de la position de Scaevola, et son sort dans l'avenir, la conception de son élève Papinien étant dé-sormais élucidée.

Le défaut de sujet dans la proposition incidente déconcerte Huvelin. C'est un scrupule un peu exagéré. Le sujet, croyons-nous ne manque point. Le pronom personnel est toujours omis dans le latin. C'est un trait caractéristique de la langue. Un Romain ne dirait jamais dans une hypothèse pareille : EGO PUTO, mais PUTO ; ILLE OU IS RESPONDIT, mais RESPONDIT tout court. Au contraire EGO PUTO aurait plutôt la nuance : MOI, JE PENSE. Dans notre phrase cette nuance aurait obscurci le sens, — plus haut on discutait déjà NEC ANCILLAE PARTUS. La phrase se traduirait en français de la sorte : SI ELLE AC-COUCHAIT. Alors le sujet s'y trouve.

La *lex geminata* rapportée par le fragment 26, De verbo-rum significatione, sera un argument de plus : Partum non esse partem rei furtivae, Scaevola libro undecimo quaestio-num scribit.

Pourquoi la dernière partie aurait-elle été transmise moins exactement. D'ailleurs elle est en harmonie parfaite avec la sentence de la *lex geminata*. Cette omission de « t » dans le « esset » et « peperisset » peut très bien s'expliquer comme une simple erreur de copiste. Elle pourrait y apparaître de deux façons. Supposons qu'une personne ait dicté le passage

à l'autre qui n'était pas très versé dans l'orthographe latine : ésset et peperisset prononcés avec l'accent indiqué perdent presque phonétiquement leurs « t ». Plusieurs « accusativus cum infinitivo », précédant notre phrase pourraient évoquer chez le copiste le sentiment qu'il s'agit de la même tournure ici. Dans les inscriptions nous trouvons souvent les mêmes erreurs qui sont, pour ainsi dire, d'origine phonétique. A fortiori, pourrait-on en rencontrer une dans un manuscrit. Nous sommes enclins à croire que telle était en réalité, l'origine de l'erreur, vu la façon de multiplication des codes qui ont été dictés à tout un groupe des scribes. Il se peut aussi que la ligature de « e » et « t » puisse passer inaperçue du copiste. Ce serait facile à comprendre quand on regarde les phrases précédentes : *existimasse, non posse, posse*, ensuite nos *esse, peperisse*. Par conséquent, nous admettons que le texte n'a même pas subi de retouches.

Passons à l'analyse de fond. Examinons d'abord l'opinion de Marcellus. Qu'entend-il par le *heres furis*. Est-ce le successeur du vice que nous avons rencontré chez Paul et Ulprien ? Alors pourquoi cette différence entre la conception et l'accouchement qu'il invoque en liaison avec le fait qu'un événement se produit chez le *fur* et l'autre chez le *heres*. Il envisage, semble-t-il, le *heres* comme le possesseur de bonne foi purement et simplement.

Il va plus loin encore : même si l'animal avait conçu chez le *heres*, la situation ne change point. D'après Marcellus, la progéniture d'un animal furtif devient furtive. Il va plus loin que Julien. Pour celui-ci la conception et la parturition d'un enfant chez le b. f. p. suffisaient pour qu'on étendit le titre de la possession de l'ancilla, et, puisque le vice de l'ancilla, sous ces conditions, ne contamine pas le part, celui-ci est ca-

pable d'être usucapé. Marcellus croit que le vice contamine l'enfant. Il envisage le cas de l'animal et le cas de l'ancilla également. Le principal c'est, paraît-il, le rapport du petit (humain ou animal, peu importe) à sa mère, dont le vice contamine par lui-même le petit. Le veau aliéné par le heres ne pourra pas être usucapé. Pourquoi cette étrange hypothèse de bos et de partus ensuite, que nous ne rencontrons ailleurs. On est embarrassé pour trouver une réponse. Est-ce un exemple, le premier venu à l'esprit de Marcellus ? Peut-être. Cependant les jurisconsultes classiques méditaient bien avant de formuler leur pensée. Quoiqu'il en soit, l'ensemble de la sentence me fait songer à une terre cuite d'Agrigente, dont le sujet se rencontre souvent dans les tombes helléniques. C'est l'Io — la vache lunaire — le symbole de la maternité à moitié vache, à moitié femme. Si Bachofen a eu raison d'invoquer l'influence de la mère pour élucider l'origine de la psychologie du fr. cité de Julien, à fortiori, paraît-il, pourrait-on l'apercevoir ici. Mais l'application de l'idée, lorsqu'il s'agissait de l'application, avait des conséquences fort embarrassantes. On pourrait dire que, si Julien est guidé par l'idée de Magna Mater, Marcellus l'applique. Or, l'application d'un principe est toujours plus rude, plus rigoureuse que la conséquence de sa pénétration dans l'esprit.

Pour Julien qui est justement pénétré par l'idée, mais qui ne pense pas à l'appliquer, avant tout, la subreptio subsiste dans ses effets une fois accomplie. Si le part est conçu chez le b. f. p., c'est sa situation actuelle qui va s'étendre au part. Marcellus, semble-t-il, applique l'idée dans son étendue absolue. Si la mère est furtive, le part eo ipso sera furtif. La conséquence n'était pas des plus désirables.

Quintus Cervidius Scaevola répond qu'il ne suit pas la règle

énoncée et il paraît être au courant de l'idée qui a provoqué la solution de Marcellus. Il ne veut pas désormais l'appliquer. Parce que *NEC ENIM ESSE PARTUM REI FURTIVAE PARTEM*. La solution de Marcellus tombe, étant fondée sur l'idée opposée. Mais la solution de Julien qui admet l'usucapion dans le cas où le part a été conçu chez le b. f. p. ne l'admet pas pour le cas où il a été conçu chez le voleur. Scaevola qui semble admettre l'usucapion même pour cette dernière hypothèse, s'oppose à l'opinion de Julien : il serait illogique, dit-il, d'admettre l'usucapion même pour le cas de parturition chez le b. f. emptor, si l'on conçoit le part comme une partie de l'ancilla. Donc il peut être usucapé dans tous les cas.

Maintenant le tableau historique est achevé. Nous pouvons en faire un résumé. Sous toutes réserves, on peut parler ici d'une évolution et d'une élaboration continue de la théorie. Nous possédons les textes à partir d'Hadrien jusqu'à Caracalla, et puisque Julien parle d'une règle déjà existante, on peut dire que l'évolution de la théorie durant tout un siècle — et le plus intéressant de la période classique — est devant nos yeux.

La règle que le part, qui est conçu et né chez le possesseur de bonne foi, peut être usucapé par celui-ci, existait par conséquent avant Julien. Nous ne savons pas qui l'a introduite. Nous nous sommes cependant rallié à Huvelin, qui croit que ce ne serait pas Sabinus. Et voilà pour quelle raison. Si c'était Sabinus, Julien aurait cité le célèbre jurisconsulte. Il citerait un autre, probablement, mais au lieu de citation nous trouvons cette phrase qui ne laisse, semble-t-il, pas de doutes : *idque RATIONE IURIS introductum*. La règle fut créée plutôt par la pratique judiciaire pour venir au secours de l'acheteur

de bonne foi. Elle était très utile. L'incertitude qui aurait existé en son absence eût été injustifiable. Il est très compréhensible qu'elle ait été introduite au profit de l'acheteur, puisque sa situation était d'abord digne de toute attention comme situation d'un acquéreur à titre onéreux et puis parce que c'était l'espèce la plus fréquente dans la pratique. Mais si la règle existait ce ne devait être longtemps avant Julien, puisque celui-ci, le premier, a formulé sa base doctrinale.

Une question surgit, que nous devons élucider avant d'aller plus loin. Pourquoi cette règle apparaît-elle si tard dans le droit classique ? Les conditions du marché des esclaves l'ont, semble-t-il, provoquée. Si après les guerres puniques, vers la fin de la république et durant le premier siècle de principat, le marché des esclaves était alimenté par des masses énormes d'esclaves provenant des guerres, vers l'époque des Antonins, Rome a absorbé, du moins si l'on s'en tient aux grandes lignes historiques, toutes les provinces qui, désormais, constituent son territoire. Le *Limes Romanus* fut plus ou moins fixé. L'afflux des esclaves du dehors a été sensiblement amoindri sinon coupé. La distribution des esclaves a subi, elle aussi, des changements. Les latifundia des magnats de la fin de la république et du commencement du principat ont disparu. Tandis qu'il y avait, alors, des multimillionnaires qui possédaient des dizaines de mille d'esclaves, il y avait d'autres hommes qui n'en possédaient aucun. Maintenant nous trouvons des riches propriétaires comme, par exemple, Pline le jeune, mais il n'était pas un de ces nababs agraires du temps d'Auguste ; au contraire, plusieurs citoyens de l'état moyen possédaient des esclaves.

Comme l'afflux du dehors a diminué, on remarque des

mesures telles que la Lex Aelia Sentia ou la Lex Fufia Caninia (et cela déjà au temps d'Auguste ou même avant) qui restreignent la liberté de manumission. L'édit des édiles, comme nous l'avons vu, règle avec attention la circulation des esclaves sur le marché. La parturition des esclaves devient la source principale de l'esclavage dans l'empire. Les parts deviennent de beaucoup plus intéressants qu'auparavant. Pour un bourgeois moyen, et la classe bourgeoise s'est agrandie sensiblement, le problème du part est de toute importance. Pour le moment, ces explications suffiront, nous y reviendrons dans la deuxième partie. Reprenons notre sujet.

Cette règle créée pour l'acheteur a *contaminé* les autres sources de l'acquisition. Julien le dit dans le commencement du fragment. Mais si dans la pratique l'acquisition du part se produisait *pro emptore*, cela signifiait simplement l'ellipse *PRO EMPTORE ANCILLAE*. Un théoricien aussi excellent que Julien pourrait très bien remarquer que le titre de la tradition de l'ancilla est nécessaire pour la caractéristique de la situation du possesseur, comme possesseur de bonne foi, mais un nouveau moment apparaît, quand le part vient au monde. Ici l'idée que nous avons relevée plus haut décide de la solution. La théorie fait son apparition, cette théorie que la qualité d'une chose d'être possédée de bonne foi en vertu du juste titre, s'étend sur le part, mais si celui-ci est conçu et né pendant la durée de *bona fides*.

Marcellus va plus loin encore.

Et alors, Cervidius Scaevola s'oppose à cette tendance qui anéantit le but de la règle. C'est une réaction vigoureuse et, comme telle, exagérée.

Papinien reprend la doctrine. Comme son précepteur, il

prend pour point de départ cette idée que le partus n'est pas une partie de l'ancilla, mais avec cette différence qu'il existe dès le moment de la conception. Alors le moment de la conception est envisagé d'une manière toute différente de celle de Julien. Scaevola n'a pas parlé du titre de l'acquisition, en tout cas nous n'avons point de témoignage à ce sujet. Mais dans la nouvelle conception du problème, l'ancien titre *pro emptore* ne valait plus. Il n'entre en jeu que dans l'espèce particulière, où *mala fides superveniens* pourrait nuire à l'usucapion de partus. Mais l'analogie avec le *postliminium* sauve la situation. Donc, Papinien déjà connaît la théorie juridique du « pro suo », bien qu'il ne lui donne pas ce nom. Nous croyons qu'on peut le proclamer le créateur de la théorie. Paul n'a fait que la formuler d'une façon générale, et baptiser le titre. Il le fait d'ailleurs d'une manière magistrale. Faut-il rappeler que les livres dont nos fragments sont tirés, sont écrits presque en même temps.

Ulpien devait accepter lui aussi la théorie. S'il cite (au fragment 11 D. 6. 2) Julien, c'est pour des raisons toutes spéciales suscitées, semble-t-il, par l'actio publiciana. Le texte d'ailleurs éveille des soupçons.

CHAPITRE V

Domitius Ulpianus et Q. Septimius Florens Tertullianus

§ 15

Le partus ancillae furtivae et l'action publicienne. La conception du problème par Ulpien. Fr. 11 §§ 2-5 D. 6. 2.

Nous sommes arrivés au point où se fait jour la conception d'Ulpien sur le partus. A la fin du § 13, 2^e nous avons dégagé les lignes générales de celle-ci. Maintenant il est possible d'en préciser quelques traits particuliers. D'après l'étude des deux paragraphes précédents, Ulpien aurait accepté la théorie émise par Papinien et Paul. Il l'a acceptée, en effet, mais il l'a enrichie encore. Les règles portent l'empreinte de sa personnalité, et celle-ci apparaît sous un jour tout à fait inattendu. Le livre XVI ad edictum dont notre fragment est tiré a été écrit au commencement du règne de Caracalla seul. Geta tué, le noble païen Aemilius Papinien refusa de faire l'éloge de cet assassinat, et fut lui aussi assassiné par l'ordre du prince. Ulpien tombé momentanément en disgrâce, se mit au travail littéraire.

Ulpianus, lib. XVI ad Ed. (fr. 11, §§ 2, 5 D. de publ. act. 6. 2).

Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est. 3. Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignorant mihi et apud me conceperit et pepererit [competit mihi in partu Publiciana] « necesse est partum usucapi » ut Iulianus ait, si modo eo tempore furtivam matrem ignorem. 4. Idem Iulianus generaliter dicit ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam : [ex omnibus igitur causis Publicianam habebo]. 5. Idem est et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre extractus est, ut et Pomponius libro quadragesimo scripsit.

Parlons d'abord des §§ 2, 3 et 4.

L'enfant est conçu chez l'acheteur de bonne foi. Mais où est-il né ? Ulpien envisagerait-il le cas de partus qui tombe dans les mains du défendeur éventuel ? Nous ne croyons pas. Il aurait dit : qui apud b. f. emptorem conceptus ET EDITUS est. J'y insiste : dans tous les fragments d'Ulpien qui traitent le problème en question, il n'y a point d'omission semblable. On ne peut pas donc considérer l'absence de ET EDITUS comme une omission. Alors les mots possessus non est (par l'acheteur de bonne foi) voudraient dire que l'usucapion n'a pas encore commencé. L'espèce se présente sous le jour suivant. J'ai acheté l'ancilla. Elle a conçu l'enfant. Ensuite je suis dépossédé. J'intente l'action publicienne. Pourrai-je réclamer l'enfant qui a été conçu chez moi, mais qui est né

chez mon adversaire. Oui, répond Ulpien *partus per hanc actionem petendus est*.

Mais les conditions de l'action publicienne sont très précises. Une seule condition peut être absente, c'est l'accomplissement de l'usucapion, le délai de la possession n'étant pas encore achevé. Mais la possession, le juste titre de la tradition doivent être présents. Or, le *partus* n'était pas encore « *possessus* ». Ulpien prononce une règle exorbitante. Il faut l'appuyer pour qu'elle ait l'effet juridique. Quel est le titre sur lequel le demandeur pourrait fonder sa prétention ? Papinien évoque le titre de l'ancilla pour le cas où le possesseur prend connaissance du fait qu'il n'est ni le propriétaire quiritaire, ni le propriétaire prétorien. Ulpien procède de la même manière, mais dans une espèce qui est plus étonnante. Cette règle ne sera pas appliquée au successeur de vices du voleur, au *heres furis*. Quant à l'espèce en question, il faut construire sa base juridique. La possession individuelle faisant défaut, l'acheteur de bonne foi exerçait d'une façon indirecte la possession du *partus in utero* en possédant l'ancilla. Il est privé de cette possibilité qu'il exerçait en vertu du juste titre de la tradition de celle-ci. C'est ce titre qu'il va invoquer en intentant l'action publicienne.

Dans le § 3, s'il est pur, Ulpien développe cette idée en s'appuyant sur l'autorité de Julien. Pour l'espèce qu'il envisageait, la théorie juridique de Julien coïncidait avec la sienne. Mais en aucune façon, nous ne pouvons en tirer de déductions générales sur sa théorie du titre de l'acquisition d'un part.

Le § 4 serait caractéristique en ce sens. Dans le paragraphe précédent, Ulpien devait répéter « *conceperit et pepererit* » de

Julien. Ce n'était pas un argument tout à fait convaincant pour sa règle sur la publicienne dans l'espèce. C'est pourquoi il pose la question à un point de vue général et cite ce passage de Julien que nous possédons dans l'original (fr. 33 pr. D .41. 3, cité et examiné dans le paragraphe précédent). Or, la question de l'action publicienne n'y est pas touchée. La dernière phrase limite la portée de la sentence et démontre pourquoi Ulpien, ou plutôt les compilateurs, l'ont citée : *ex omnibus igitur causis Publicianam habeo*.

Les paragraphes 3 et 4 éveillent, en effet un soupçon au point de vue de pureté du texte. Nous voulons dire de ce critère que M. Collinet a relevé dans ses contributions (1). En effet, les deux fois que nous rencontrons la mention de publicienne elle n'est pas suivie du mot « actio ».

Nous sommes enclins à admettre l'interpolation. L'incohérence de l'espèce du § 2 et des hypothèses des paragraphes suivants trahit l'interpolation. L'expression « COMPETIT » au lieu de « DANDA EST » est byzantine. Le défaut mentionné du mot « actio » après la Publiciana est une autre preuve. Les mots de la fin du § 4 « *ex omnibus igitur, etc.* » ont l'air d'une tournure postclassique. Nous croyons que cet ensemble de critères met l'interpolation hors de doute. Les parties du texte qui ne sont pas mises entre parenthèses, même si elles proviennent d'Ulpien, sont tirées de l'autre partie du commentaire.

Arrêtons-nous sur le § 5. Une première question s'impose : quel est ce partus dont l'autre sera extrait au moyen de l'opération césarienne ? D'abord il est clair que c'est une fille. Si

(1) N. Rev. Hist. de Droit fr. et étr. 1910, p. 85 sqq.

elle était conçue chez moi et née, alors il n'y a rien d'extraordinaire, l'hypothèse revient au cas simple où la question du *partus ex partu* n'existerait pas. Il est donc évident qu'il s'agit du part de l'hypothèse prévue dans le § 2. Alors comment peut-on considérer la solution. La fille de l'esclave furtive dont je suis dépossédé, née chez une tierce personne doit accoucher d'un enfant, mais meurt avant l'accouchement. Le moment qui sépare sa propre naissance du moment de l'accouchement éventuel ne sera pas moindre que 12 ans. Nous savons que l'action publicienne est annale. La durée de l'usucapion est annale elle aussi. Comment donc concevoir le texte. Il prévoit non pas l'usucapion classique mais la longi temporis praescriptio. Donc l'hypothèse serait postclassique, quand le délai de l'action publicienne est lié avec l'introduction de la procédure extraordinaire. Est-ce une interpolation ? Est-ce un texte d'Ulpien qui n'a rien à voir avec l'action publicienne comme les paragraphes précédents ? Ulpien prévoit-il déjà la fusion de l'usucapion avec la prescription ? Nous ne saurons pas nous arrêter sur ces questions et nous nous abstiendrons de nous prononcer sur la portée du texte.

En tout cas le § 2 est pur. C'est très important. Ce trait qui le caractérise est intéressant : l'embryon existe lui-même, et la portée juridique de ce fait est frappante. Le possesseur peut revendiquer par l'action publicienne le part dont il n'a pas encore pris possession. L'idée de continuité de l'être humain à partir de la conception s'y manifeste. Quelle est la caractéristique de cette idée ? Comment peut-on concevoir sa présence dans les fragments d'Ulpien ?

§ 16

Ulpien et Tertullien, Problème de l'identité de Tertullien jurisconsulte et de Q. Septimius Florens Tertullianus. Style du passage des Questiones et style des œuvres du théologien. Reconstitution du curriculum vitæ de Tertullien basée sur les dates établies et sur les dates probables de sa vie et de ses œuvres. Ulpien seul cite Tertullien. Doctrine chrétienne du partus.

Essayons de saisir la filiation des idées qui se présente dans cette solution juridique. Nous croyons qu'au fond de notre problème gît l'influence chrétienne. Nous ne saurions pas affirmer qu'Ulpien lui-même était chrétien, bien que cette hypothèse ne soit ni gratuite ni invraisemblable. Bien que, à notre connaissance, elle n'ait été posée nulle part, l'ensemble de données nous rend enclins plutôt à donner une réponse positive.

Les problèmes historiques à trancher sont les suivants : 1° L'identité de Tertullien, théologien, et de Tertullien, jurisconsulte du Digeste ; 2° Le caractère des citations de Tertullien dans le corpus ; 3° La doctrine chrétienne de Tertullien et la doctrine d'Ulpien.

Des investigations toutes récentes (1) sur la langue de Ter-

(1) Einar Löfstedt. *Zur Sprache Tertullians*, dans *Lunds Universitets Årsskrift*, 1920. N. F. 1. Bd 16. N. r. 2 ; Teeuwen, *Sprachlicher Bedeutungswandel bei Tertullian. Ein Betrag zum Studium der Christ-*

tullien semblent nous autoriser à reviser le problème de l'identité des « deux Tertulliens ». D'autre part, les résultats de notre étude fournissent les critères internes qui manquent, selon M. de Labriolle (1), pour résoudre la controverse. Les principales objections qu'on a faites jusqu'à présent ne soutiennent pas la critique dans la lumière des études toutes récentes, tandis que l'ensemble de données nous a convaincu de reprendre la question.

1° Quelles sont les objections qu'on présente pour réfuter l'hypothèse de l'identité des deux personnages ? Une, que les premiers éditeurs de Tertullien ont invoquée, consiste dans l'absence dans Saint Jérôme (*de viris illustribus*) d'indication que Tertullien ait été jurisconsulte. Pagenstecher dans le discours, édité en 1743, a combattu cette opinion en citant Saint Jérôme, où celui-ci déclare qu'il est inutile d'énumérer toutes les œuvres de Tertullien, les unes étant connues, les autres perdues (2). Dès lors, les études approfondies des œuvres du théologien ont établi avec certitude que celui-ci possède une science profonde du droit, qu'il aborde les questions juridiques, non pas comme un simple amateur, mais comme un érudit et même, selon toute probabilité, un jurisconsulte qui pratiquait (3) la jurisprudence. Eusèbe (4), d'ailleurs, le

nischen Sondersprache, 1926 Paderborn. Cf. aussi Kalinka. *Digestenkritik und Philologie*, dans *Zeitsch. d. Sav. Stift.* 1927, p. 319 sqq. qui exprime les vœux de collaboration des philologues pour la critique et l'étude historique des textes juridiques et en particulier du Digeste. Une étude fort intéressante sur Salvius Julien (*Rechniz. Studien zu Salvius Julian*, Weimar 1925) parue tout récemment est, en effet, très utile pour les romanistes. Toutefois, certaines conclusions de l'auteur sont sujettes à caution. Avec raison Eduard Fraenkel, compte-rendu, dans *Zeitsch. d. Sav. Stift.* 1927, p. 402, n. 1.

(1) Tertullien, jurisconsulte, dans *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, 1906, p. 6.

(2) De Labriolle, I. c., p. 8.

(3) Harnack. *Chronologie der altchristlichen. Lit.* II, 2, 1904. Leipzig, p. 293, n. 1.

(4) *Historia eccles.* II, 2. 4.

dit tout explicitement lui aussi : Τερτυλλι ανὸς τοῦς Ρωματιωννόμος ἡκριβωκῶς ἀντίρ.

Il n'y a pas de doutes donc, que Tertullien, théologien, ait été jurisconsulte. Mais est-ce qu'il était ce Tertullien dont les passages sont conservés dans le Digeste ? L'identité de cognomen ne nous autorise pas à elle seule, à conclure à l'identité de personnage. Le Tertullien du Digeste était-il Q. Septimius Florens Tertullianus de Carthage — le fils du centurion proconsulaire ?

M. Monceaux (1) oppose une objection que M. de Labriolle tient pour sérieuse : « Les auteurs cités dans le Digeste sont ordinairement des jurisconsultes romains, tout au moins fixés à Rome, ayant conquis une grande renommée en matière juridique et investis d'un *ius respondendi*. Tertullien ne remplit aucune de ces conditions. » Chacune de ces affirmations ne soutient pas la critique.

Gaius était-il un jurisconsulte renommé au temps d'Hadrien ? Rien ne le prouve. Selon toute probabilité, il était un théoricien qui ne touchait jamais à la jurisprudence. Jamais non plus il n'a joui du *ius respondendi*. Ses contemporains ne le citent point, ni les jurisconsultes du temps des Sévères, et pourtant, il est un des *iuris auctores*, un des cinq jurisconsultes de la loi de Valentinien III, surnommée « la loi des citations » (2). Faut-il dire que les fragments de ses œuvres se trouvent dans le Digeste. Le critère relevé par M. Monceaux n'a pas été décisif, semble-t-il, pour les compilateurs des Pandectes. Le jurisconsulte s'était-il fixé à Rome, avait-il

(1) Histoire Littéraire de l'Afrique chrétienne, I, 181.

(2) La découverte des nouveaux fragments des Institutes de Gaius. (The Oxyrhynchus Papyri Part. XVII. N. 2103. London 1927) prouve que Gaius était déjà connu avant cette loi. V. P. Collinet. Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius, dans Nouv. Revue Hist. de Droit, 1928, p. 92 sqq.

une grande renommée de son vivant — cela seul ne peut pas les décider. Ce qui importe c'est, d'après l'exemple de Gaius, l'autorité dont ont joui ses œuvres actuellement. En outre, M. Monceaux laisse inaperçu d'une façon étrange l'autre témoignage d'Eusèbe (1) : τὰ τε ἄλλα ενδοξος και τῶν μάλιστα ἐπὶ Ρώμης λαμπρῶν. Donc cette objection même si elle était grave en elle-même ne tiendrait pas, car Tertullien remplissait la condition requise par l'auteur. « Comme il est malaisé, dit M. de LaBriolle, de croire qu'une fois chrétien il ait continué de consacrer son activité à un métier de cette sorte, il faudrait en conclure qu'il avait eu le temps de se tailler une réputation dans le domaine juridique avant même sa conversion, ce qui n'est guère possible. » D'abord il ne serait point étrange de voir un chrétien continuer à remplir les occupations de sa profession ou de son métier. Nous en possédons plusieurs exemples (2). Mais étant donné le caractère passionné de la conversion de Tertullien, certes, il serait difficile d'admettre qu'il eût pu s'occuper longtemps après sa conversion d'autre chose que de polémique avec les adversaires de l'Eglise. Cependant cette observation nous semble plutôt corroborer la solution positive du problème. En effet, le Tertullien du Digeste est l'auteur de deux ouvrages seulement. Un petit traité (*liber singularis*) sur le pécule castrense et les « huit livres des questions ». Il serait incompréhensible que le jurisconsulte éminent de son temps qu'il était, comme le dit M. Krü-

(1) Cf. Harnack, l. c. 293, note 3 à la fin.

(2) Parmi les écrivains, citons un Julius Africanus, l'ami du roi chrétien d'Edesse qui a écrit « Kestoi », le contemporain de Tertullien. Ayant embrassé le christianisme, il a su réunir à l'étude profonde de la théologie ses occupations d'homme politique dans l'intérêt de sa patrie. Il se rendait à la chasse avec le prince héritier, il étudiait la Médecine et les Mathématiques, comme il le faisait avant sa conversion. (V. Harnack. Texten und Unters. VII, 4, p. 43-44).

ger (1), ait composé seulement ces deux traités. On peut en conclure que l'activité de Tertullien, jurisconsulte, a été vite interrompue. Dès lors lorsqu'il est retourné à Carthage, la jurisprudence est devenue dans ses mains une arme solide pour la cause de l'Eglise. L'hypothèse de M. Monceaux que le jurisconsulte était le parent du théologien est gratuite.

M. Krueger (2) invoque une objection à la thèse de l'identité qui n'est point plus soutenable. « La critique qu'il (Tertullien) dirige contre la procédure suivie à l'égard des chrétiens par le gouvernement de province est faite d'une façon si étroite qu'on ne peut songer à l'attribuer à un jurisconsulte éminent. » Cependant, l'étroitesse de l'esprit ou un certain fanatisme est une question de tempérament plutôt que de science. Les passages du Digeste, où sont conservés les fragments de Tertullien sont des passages de pure technique, où le tempérament de l'auteur ne se laisse pas apercevoir, si, d'ailleurs, M. Krueger en juge d'après les textes. Si l'affirmation qu'il était un jurisconsulte éminent, est fondée sur des considérations générales, telles que le fait de ses citations dans le Digeste, elle est très critiquable. Quelles sont les raisons d'affirmer que Tertullien était un éminent jurisconsulte et très renommé, lors de son vivant ? La réponse que nous pouvons tirer de l'état des sources serait plutôt négative. En effet, il n'est cité nulle part dans les œuvres de ses contemporains, exception faite pour Ulpien. Il n'apparaît de nouveau qu'au Digeste, après un oubli plus ou moins voulu. Cette fortune n'est-elle pas la même ou à peu près que celle de Tertullien, apologiste ? Après avoir été le point de mire

(1) Geschichte der Quellen, p. 203, n. 4.

(2) L. c. 181.

de ses coréligionnaires et adversaires, il tombe dans l'oubli apparent et on le passe sous silence, bien qu'on l'utilise et qu'on l'imite (1). Il n'est cité pour la première fois que par Lactance (parmi les auteurs latins) et par Eusèbe (parmi les auteurs grecs), c'est-à-dire vers le iv^e siècle (2). Cela se comprend : il était difficile pour les chrétiens de s'appuyer sur les œuvres d'un homme tombé dans l'hérésie. Il était difficile pour les jurisconsultes invoquer l'autorité d'un fervent adorateur du Christ. Le silence, donc, devient compréhensible.

Cette dernière question est, cependant, à élucider. Continuons l'étude des objections à notre thèse. Il n'en reste qu'une seule à rappeler. Elle ne tient pas non plus. Le style, a-t-on dit, du jurisconsulte et du théologien, sont différents. C'est se méprendre sur le style de Tertullien, apologiste, que d'invoquer cette objection. D'abord, peut-on croire que le style d'une œuvre technique se laisse facilement comparer avec le style d'une harangue passionnée, où l'âpreté de la lutte intellectuelle saisit l'apologiste ? Ensuite, le style si original de Tertullien, théologien, est caractérisé par la création de mots ou plutôt de l'adaptation de mots existants à l'expression d'idées nouvelles (3). Le caractère parfois obscur de cet auteur s'explique bien par cet effort de créer de nouveaux modes d'expression qui ont contribué à la formation de la latinité chrétienne. M. Norden (4), dit même que la souplesse et la ductilité caractéristique de la langue latine aux temps

(1) Bardenhewer. *Geschichte der altkirchlichen Litteratur* II Freiburg 1914, pp. 440 sqq. ; Teeuwen, l. c. p. 1. Lactance en cherchait la cause dans les difficultés que présentait la langue de Tertullien. Hilaire de Poitiers avec plus de raison en voit la cause dans son montanisme postérieur.

(2) Teeuwen, l. c., p. 1, n. 1.

(3) Teeuwen, l. c., p. 11 sqq., surtout 15 sqq.

(4) *Die Antike Kunstprosa*. T. II, p. 607.

anciens ont repris vie dans le langage chrétien, notamment dans celui de Tertullien. Donc, si nous voulons chercher des traits communs dans les styles des fragments juridiques et théoriques, nous devons nous rendre compte d'avance qu'ils peuvent se manifester principalement par l'utilisation des notions et des mots traditionnels pour de nouveaux besoins et cela dans les œuvres théologiques. Nous sommes bien renseignés sur l'empreinte juridique dans les œuvres de l'apologiste. Nous voyons donc qu'aucune des objections présentes ne tient debout. La probabilité de l'identité est grande. Harnack (1), Fitting (2) penchent pour l'identité. Cependant la réfutation des objections n'établit pas encore la thèse, bien que les données relevées pour les combattre soient assez éloquents. Classons les faits déjà relevés qui corroborent l'établissement de l'identité :

Le témoignage d'Eusèbe où il parle de l'érudition juridique de Tertullien ; le témoignage du même auteur que Tertullien brillait en qualité de jurisconsulte à Rome ; l'empreinte accentuée dans ses œuvres qu'exercent des notions juridiques qui servent à exprimer des rapports nouveaux du christianisme ; le fait que nous possédons seulement deux ouvrages juridiques en 9 livres de Tertullien, jurisconsulte, dont on pourrait attendre un plus grand nombre.

En outre, Tertullien, théologien, était fils d'un centurion proconsulaire (3). Était-ce une simple coïncidence que le premier ouvrage (4) de Tertullien est le *liber singularis de pe-*

(1) Chronologie 293, n. 1.

(2) Alter und Folge. Tertullian.

(3) St. Jérôme. De vir. illustr. 53. Chronique ad. ann. 2224. Je cite ces témoignages d'après Harnack. Chronologie II, 2, p. 292.

(4) Il nous semble que le lib. sing. de pec. castr' était écrit vraiment avant les quaestiones. Le problème spécial que l'auteur y traite devait précéder l'ouvrage d'ordre général.

culio castrensi. Il est peu probable. Ce problème spécial, familier à l'auteur, l'aurait décidé, semble-t-il, à débiter par lui dans la littérature juridique. Rappelons aussi le fait intéressant relevé par Fitting (1). L'équipement pour le service militaire, qui fait partie du pécule castrense, selon le témoignage du fr. 4 pr. D. 49, 17, n'y a été compris que du temps de Sévère. Comment ce fait se présente-t-il dans le milieu historique ? Le fragment ne rapporte-t-il pas l'usage admis dans les troupes africaines de la *legio tertia Augusta*, dont un détachement était sous le commandement du père de Tertullien ? Or, après l'avènement de Septime Sévère, les légions de l'Afrique, dont ce prince était originaire comme les légions danubiennes ont été vues de l'œil le plus favorable par le prince.

Comment peut-on concevoir les dates de sa conversion et de son activité littéraire ? Pouvons-nous reconstituer l'ordre chronologique de son œuvre ? Si nous établissons la simple possibilité de la coexistence des deux activités dans l'espace et dans le temps, alors la probabilité de l'identité, vu l'ensemble des données, atteindra, à notre sens, à la certitude.

Tertullien est né vers l'an 150 ou 160 (2). Il est établi que ses livres *Ad Martiras*, *Ad nationes libri*, II, enfin *Apologeticum*, ont été écrits dans l'année 197 (3). En adoptant avec M. Harnack l'an 155 ou avec M. Monceaux, 160, nous avons 42 (resp. 37) années de sa vie, durant lesquelles devait se former sa personnalité. Sa jeunesse s'est passée à Carthage, où il fit aussi ses études. Les études appelées de nos jours su-

(1) *Peculium Castrense*, p. 36.

(2) M. Monceau (op. cit., p. 178), penche pour l'an 160 ; M. Harnack préfère 155, vu la date de « *Ad uxorem* ».

(3) Monceaux, l. c. 208 ; Harnack, l. c. 295

périeures, commençaient à cette époque ordinairement à seize ans (1). Il dut donc entrer à la *statio* de Carthage vers l'an 171-176, mais c'était, croyons-nous, l'école de philosophie et de rhétorique par laquelle il passa avant d'aborder l'étude du droit. Son érudition dans les questions de philosophie nous autorise à le tenir pour sûr. Donc, c'est seulement vers l'an 174-178, approximativement, qu'il a pu entrer dans la *statio iuris docentium de Carthage*. Malgré son zèle dans les études et son avidité pour la science, il est peu probable que Tertullien ait pu finir ses études plus tôt ; car, selon ses propres témoignages, sa vie de jeunesse fut pleine des divertissements que les théâtres et les lieux d'amusement fournissaient aux jeunes gens. C'est vers l'an 178 (resp. 184) qu'il aurait dû achever ses études de droit et devenir un rhéteur et un jurisconsulte formé. Alors, le plus probablement, dut-il partir pour Rome, afin de voir la capitale et y commencer sa carrière de jurisconsulte. Le premier spectacle qui a frappé son imagination devait être le cortège triomphal de Marc-Aurèle, en 178, dans lequel figuraient les Germains et les Parthes. Il l'a conservé dans sa mémoire. C'est de cet événement, semble-t-il, qu'ils se souvient, quand il dit dans le « de cultu feminarum » (I, 7), écrit peut après l'an 200, « *gemma-rum quoque nobilitatem vidimus Romae de fastidio Parthorum et Medorum caeterorumque gentilium...* » Nous ne savons d'autre triomphe dont il pouvait être le témoin oculaire. La date de sa naissance, adoptée par M. Harnack semble alors préférable. M. Harnack propose l'an 190 comme date probable de sa conversion. C'est à Rome, croyons-nous, qu'il

(1) P. Collinet, Hist. de l'Ecole de Droit de Beyrouth, p. 112 sq.

a écrit son livre perdu, « *Ad amicum philosophum* », où selon Saint Jérôme (*Adversus Jovianum*, I, 13) il se plaisait, « divertissait » dans la matière délicate si discutée par les pères chrétiens : *Certe et Tertullinus cum ADHUC esset adolescens LUSIT in hac materia*. Tertullien pouvait facilement achever son livre *de peculio castrensi*, pendant les premières années de sa carrière juridique, mais les *quaestiones* furent écrites, probablement, quand il avait déjà embrassé le christianisme. La nouvelle foi ne l'a pas saisi d'un seul coup et étant « adolescent », il écrivait selon Saint Jérôme, « en s'amusant ». C'était plutôt le plaisir intellectuel qu'il goûtait de la nouvelle doctrine que la foi passionnée. Il pouvait facilement réunir les deux activités. Ce n'est que plus tard que l'activité de polémiste et d'apologiste l'a saisi entièrement et il est retourné à Carthage pour ne plus revenir à la carrière juridique si brillamment commencée.

Comment a-t-on vraiment pu invoquer la différence du style des fragments de Tertullien au Digeste et de ses ouvrages apologétiques et autres. Si l'on voulait comparer les uns et les autres — on ne devait pas prendre en considération le traité de pure technique comme « *de peculio castrensi* ». Les passages des *Quaestiones* qui seraient très probablement susceptibles d'être comparés ne sont qu'au nombre de deux. En outre, nous possédons trois citations des *Quaestiones* de Tertullien, toutes les trois dans les « *libri ad Sabinum* » d'Ulpien et une citation du « *de peculio castrensi* » dans la constitution de Justinien. Il est évident qu'on ne peut pas traiter les problèmes du style dans les citations. Les deux fragments des « *Quaestiones* » ne peuvent pas présenter grand champ aux recherches stylistiques. Toutefois, examinons ces passages.

Tertullianus, lib. I quaest (fr. 28 D. 44, 1).

Si aliquam rem possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem ? *MULTUM REFERT* in his quid agatum : *PRIMUM ENIM REFERT*, utrum sciam me possidere an ignorem : et utrum quasi non meam rem conducam an quasi meam : et sciens meam esse, utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat.

multum refert... primum enim refert — cela rappelle des répétitions relevées par M. Einar Löfstedt (1). « *Ille est scilicet ille est qui*, etc. », ou par exemple : *Quod sciam, non sumus nostri, sed pretio empti*, « *empti* » (2) et *quali pretio* ? M. Löfstedt souligne que les critiques de Tertullien n'ont pas encore remarqué cette tournure caractéristique. Ailleurs (3), l'auteur indique sur la liberté extrême avec laquelle Tertullien emploie le mot « et » dans les propositions correspondantes (korrespondierenden Sätzen). Parfois, dit-il, les influences rythmiques se laissent apercevoir ce qu'on n'a pas, malheureusement remarqué. Si nous lisons le passage cité à partir de *utrum sciam* jusqu'à la fin, nous nous rendons compte que l'abondance de « et » ne sert, parfois, qu'à donner une certaine cadence rythmique à des phrases bien mesurées (4). Il est évident que c'est le rythme de la prose et non pas le

(1) L. c. 74 sqq.

(2) Einar Löfstedt, selon Agobardus, l. c. 74.

(3) L. c. 25 sqq, 28 D.

(4) Il faut lire bien sûr selon la longueur des voyelles et en s'abstenant de faire l'accent à la fin de chaque mot, comme dans le français moderne.

« mètre » des vers. Enfin, à la page 29 et suivantes, l'érudit suédois présente une tournure que nous trouvons aussi dans le passage cité, c'est la liaison copulative (kopulative und asyndetische Verbindung). Comparons notre texte : *utilis erit et emptio et stipulatio... et sequitur... ut et precarium et conductio specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae*. Les traces du style des œuvres postérieures de Tertullien s'aperçoivent donc nettement déjà dans notre passage. Nous n'insistons pas davantage, car nous croyons que les doutes sur l'identité des « deux » Tertulliens, sont désormais injustifiables.

2 Une question délicate reste à élucider. Comment se fait-il que nous trouvions chez Ulpien seul les trois citations des œuvres de l'apologiste, tandis que les autres jurisconsultes de son temps ne le citent nulle part ? Les citations se trouvent dans les livres 3, 8 et 15 du commentaire ad Sabinum, livres écrits encore du vivant de Papinien, alors que le jurisconsulte n'avait point de raisons d'être prudent. Partageait-il secrètement la foi de Tertullien ? Le fait des citations ne nous en donne que la probabilité bien faible.

Lactance (De inst. div. 5, 11) blâme un Domitius qui a exposé dans le livre VII *de officio proconsulis* toutes les punitions qui devaient être appliquées aux adorateurs de la vraie foi. Ce Domitius doit être Ulpien. M. Lenel, dans la Palingénésie, place le témoignage de Lactance après la section « *de sacrilegiis* » et donne le titre « *de christianis* » au passage prétendu perdu. M. Lenel, lui-même, n'en est point sûr. La section suivante « *de lesione maiestatis* » aurait suffi à elle seule pour les supplices des chrétiens (1). L'exactitude histo-

(1) Cf. A. d'Alès. La théologie de Tertullien, p. 386.

rique des expressions de Lactance est sujette à suspicion. D'abord pour l'âpreté des reproches, puis pour la confusion possible des causes de punition avec les applications qu'on en faisait : la *lesio maiestatis*, par exemple, et l'application dans l'espèce, vis-à-vis d'un chrétien. Au titre de jurisconsulte, Ulpien, même étant en secret un adhérent de la doctrine chrétienne, aurait très bien pu composer le traité sur l'office du proconsul et n'aurait pu, en ce cas, délaisser la question alors importante de la *lesio maiestatis*. Le témoignage donc ne peut être produit, il nous semble, ni pour ni contre l'hypothèse.

Cependant, est-elle soutenable ? Bien qu'elle puisse expliquer plusieurs petits faits, nous croyons que, vu l'insuffisance de documents et de témoignages, elle ne l'est pas.

Une seule chose nous semble certaine : c'est qu'Ulpien partageait les vues de philosophie naturelle de Tertullien. La citation dans le livre 8 et le passage cité à la fin du paragraphe précédent en font foi.

Il nous reste à exposer comment on peut concevoir cette filiation de doctrine et pourquoi nous croyons qu'il s'agit d'innovations chrétiennes et non pas de l'application des vues stoïciennes qui influençaient à si haut degré la philosophie chrétienne d'alors et, notamment, la philosophie de Tertullien.

3. Il s'agit de l'application nouvelle de la théorie stoïcienne sur les « rationes seminales ». Pour comprendre quelle place occupe Tertullien et après lui, Ulpien, dans l'histoire de la doctrine, il faut rappeler quelques phases de celle-ci.

Il nous semble que le fondement du § 2 cité est inspiré non pas par des considérations d'ordre économique, mais par

des considérations de principe sur la nature humaine. La solution énoncée étant importante en théorie touche, vraiment, la question d'ordre naturel, où la doctrine philosophique adoptée serait décisive, de même que dans l'autre passage où Tertullien est explicitement cité. Les deux idées sont même liées, comme nous le verrons plus bas.

Le passage de Tertullien que nous avons cité plus haut, selon Oehler (I, 147) se termine par une phrase significative : *Homo est et qui est futurus ; etiam fructus omnis iam in semine est.*

Peut-on conclure de cette phrase à l'identité de l'être humain à partir de sa conception, ce qui permettrait au possesseur de bonne foi de se porter vis-à-vis de cet être, quand il est encore *in utero* de la mère, avant de commencer la possession virtuelle, comme possesseur non pas en vertu d'une fiction juridique, mais en vertu des caractères naturels à lui propres. Tel est à notre avis le sens du paragraphe.

La phrase de Tertullien, bien qu'elle renferme cette idée de l'identité, doit être, néanmoins, élucidée, parce qu'on pourrait objecter ceci : l'idée stoïcienne du λόγος επερματικός n'a-t-elle pas la même portée, par exemple chez Sénèque. (Natur. quaest. Lib. III, 29. 3) :

Ut in semine omnis futuri hominis ratio comprehensa est et legem barbae canorumque nondum natus infans habet (totius enim corporis et sequentis actus in parvo occultoque liniamenta sunt), sic origo mundi non minus solem et lunam et vices siderum et animalium ortus, etc...

Dans la semence humaine tous les éléments virtuels d'un homme sont contenus. N'est-ce pas la même idée. Tertullien, en outre, polémisait, le plus souvent avec les acadé-

miciens, et était, le plus souvent, d'accord avec la doctrine du Portique (1). Cependant, l'idée nouvelle se présente sous une forme à peu près pareille. Le passage de Sénèque veut comparer les germes de la « terre en grossesse » avec les germes de l'homme. Saint Augustin compare les germes de la terre avec le germe la semence d'un arbre (2). Elle n'est pas superficielle cette différence. Malgré son penchant vers la doctrine stoïcienne, Tertullien, lui aussi, n'aurait pas fait la comparaison de Sénèque. La semence et le germe humain sont considérés par les chrétiens d'une façon nouvelle. La conception du Christ a frappé l'imagination des fidèles philosophes, et le retentissement du fait unique à partir de la création s'est fait sentir dans les spéculations sur la Nature. La Résurrection a été l'événement qui a mis une empreinte profonde sur la doctrine entière.

En mettant de côté le traité perdu sur l'origine de l'âme, nous possédons deux œuvres de Tertullien qui nous renseignent suffisamment sur la doctrine. Ce sont le *DE ANIMA* et le *DE RESSURRECTIONE CARNIS*. Les adversaires principaux qu'il combat dans le *DE ANIMA*, sont donc les platoniciens et les gnostiques. Tertullien affirme que l'âme est corporelle, bien que ce soit un corps *sui generis*. Dans le *DE RESSURRECTIONE CARNIS* il insiste sur l'unité essentielle de l'être humain.

On ne peut donc pas envisager séparément le sort de l'âme et du corps, car la génération atteint à la fois l'homme tout entier (3). Il combat les stoïciens et affirme que l'embryon est déjà dans le sein maternel animé. (*De Anima* Cap. 25).

(1) Cf. H. Meyer, *Geschichte der Lehre von den Keimkräften*. Bonn. 1914, p. 219 ; Harnack, *Texten und Unters*, VII, 4, p. 78.

(2) H. Meyer, l. c., p. 223.

(3) D'Alès, l. c., p. 125.

C'est une idée chrétienne, et elle est apparue en connexion avec la Doctrine de la Résurrection, semble-t-il. En effet, avec le problème de la Résurrection, la question surgit de savoir quel sera le corps qui aura ressuscité celui de l'enfant ou celui de l'adolescent, d'un homme mûr ou d'un vieillard. La controverse entre les pères et les gnostiques fut très animée (1). Mais comme la chair et l'âme sont corporelles, et comme c'est l'âme d'origine divine qui est le gage de la Résurrection, on ne peut pas envisager le problème sans s'arrêter à la solution de la question préalable : quel était le moment de l'origine de l'être humain. Il ne pouvait y avoir qu'une seule réponse, étant donné que les apologistes développaient la doctrine de la Résurrection par analogie à la génération du corps d'un germe (2). Si d'une goutte de semence humaine un homme avec son corps, son âme et ses membres peut sortir, pourquoi les reliques d'un corps ne pourront-elles redevenir un corps ? La phrase de Saint Paul (Ad Hebr. XI, 35) « *Acceperunt mulieres de resurrectione mortuos suos* » et le sens de la Résurrection décrite dans les termes métalliques du Ch. 15, « AD CORINTH. PRIMA », ont déterminé la portée de la doctrine. LE CORPS TERRESTRE AVEC L'ÂME CORPORELLE N'ÉTAIENT QUE LA SEMENCE D'UN CORPS DESTINÉ A LA RÉSURRECTION. De là, peu importe le moment où nous considérons un homme, ne fût-ce lorsqu'il n'est que l'embryon. Depuis la conception jusqu'à la mort sa substance est identique ; mais l'*ingenium*, l'énergie native emmagasinée dans l'âme dès l'origine, se développe avec le corps qu'elle anime (3). Cette idée nous fait comprendre la

(1) V. Harnack, I. c., p. 75.

(2) Harnack, I. c., Pseudojustinische Schrift, p. 71 sqq.

(3) Cf. D'Alès, I. c., 126.

règle énoncée dans le § 2 cité. Cette règle est donc l'application du concept bien défini dont elle apparaît comme la conséquence logique. Ce n'est point une fiction. Le possesseur de l'ancilla possède réellement le fœtus. Seulement, au point de vue de droit, c'est une *possessio ad interdicta* et non pas la *possessio ad usucapionem*. Et cela se comprend. Les éléments de l'usucapion sont au nombre de cinq : *res habilis*, *titulus*, *fides*, *possessio*, *tempus*. Il manque le temps, puisque dans la conception d'Ulpien, le *PARTUS IN UTERO* n'est point la *RES FUTURA*, elle est donc la *RES HABILIS*. Le temps est nécessaire pour que la possession apparaisse non troublée par les prétentions légitimes éventuelles d'un ayant-droit. Ce n'est qu'après la naissance que le temps de l'usucapion commencera à couler. Sous tous les autres points de vue, la possession est complète. Nous croyons que l'opération césarienne, prévue par le § 5 du texte en question vise justement cette considération. La mère morte, l'enfant tiré de son sein, le possesseur opposera son droit à l'acquéreur prétendu illégitime, en invoquant l'action publicienne. Il peut procéder de la sorte, parce qu'il réunissait toutes les conditions de l'usucapion, sauf le temps. L'existence de l'embryon, bien que réelle, était cachée aux tiers. Pratiquement, le possesseur pourrait revendiquer la mère pour obtenir la possession du partus, il n'avait donc pas besoin de l'action publicienne pour *partus in utero*. Dès que son existence se révèle, l'action publicienne fera son apparition.

§ 17

Ex ancilla fugitiva natus. Sens de la solution du fr. 1 § 5 D. de fug. 1 1. 4. Le trait synthétique de la période qui se fait jour autour du problème.

La conception élucidée plus haut, importe pour comprendre les passages des sources dans leur teneur historique. Une des espèces qui n'a pas encore été analysée se trouve dans le Digeste au titre *de fugitivis* :

Ulpien, lib. I ad. Ed. (fr. 1, § 5 D. 11. 4).

Fugitivum accipe et qui erro sit : fugitivi autem appellatione ex fugitiva natum non contineri, Labeo libro primo ad Edictum scribit.

Alfred Pernice (1) se demande quelle pouvait être la raison de ce qu'Ulpien cite dans ce passage le jugement mentionné : « il semble impossible qu'il (Labeon) eût pu faire une pareille remarque sur l'enfant d'une esclave fugitive à propos du cas de son arrestation par le magistrat, puisque ce texte ne traite que de ce dernier cas. Ce passage vise plutôt le défaut des garanties (*Gewährsmängel*) du droit édilicien, en soulignant l'inadmissibilité de l'idée d'un penchant inné pour l'évasion. »

Ces raisonnements ne supportent pas la critique. D'un penchant inné pour l'évasion ou des défauts de l'édit édilicien,

(1) Labéo. I, p. 68.

le fragment ne souffle mot. Au contraire, il est très probable que Labeon exprime sa définition en traitant ce même cas d'arrestation à propos duquel il est cité par Ulpien. Il faut d'abord prendre en considération deux acceptions du mot *fugitivus* (1). Dans l'édit des édiles, le mot *fugitivus* est employé pour désigner le vice d'un esclave qui s'est évadé déjà et qui peut donc s'enfuir de nouveau. Le vendeur doit prévenir l'acheteur de l'esclave que celui-ci a un penchant à s'enfuir, ce qui diminue sensiblement son prix. Le fr. 7, § 14 D. 21. 1 tiré du livre premier *ad Edictum aedilium curulium* d'Ulpien est caractéristique dans ce sens : il s'agit de la définition du mot *erro* par Labeon — *erronem pusillum fugitivum esse*, par contre, *fugitivum magnum erroneum esse*. Ulpien définit « *erro* » comme un esclave qui s'en va souvent et sans cause plausible et qui revient à la maison, le temps consacré aux choses futiles passé.

Notre texte d'Ulpien, comme la citation de Labeon, est tiré du commentaire sur l'édit du prêteur, non pas des édiles. Alors le mot *furtivus* doit être employé dans le sens de l'esclave qui est actuellement en fuite. Ce n'est pas de l'*actio quanti minoris* éventuelle ou de l'*actio redhibitoria* qu'il s'agit, mais justement des mesures à prendre contre l'esclave en fuite, et en première ligne, de l'arrestation. L'arrestation de l'ancilla ne touche pas son enfant. Elle ne s'étend pas sur le *natus ex fugitiva*.

En effet, au point de vue du part, il faut distinguer deux hypothèses. La femme fugitive se trouve-t-elle chez le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, *Is qui fugitivum celavit*

(1) Cf. Buckland, l. c., p. 267 sqq.

fur est (pr. eod.). Par conséquent, l'ancilla devient furtive et l'enfant s'il est né chez le recéleur est devenu furtif lui aussi, ce qui dans tous les cas empêche son usucapion. La règle devait être la même au temps de Labeon. Africain a-t-il introduit une innovation : *Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intellegitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit* (fr. 60 D. de furt. 47. 2). Cette innovation procède-t-elle de son précepteur Julien, nous n'en pouvons juger d'après le texte. Cette théorie ne fait qu'appliquer le texte que nous avons déjà cité — fr. 33 D. 41. 3. Non solum b. f. emptores sed et omnes qui possident ex causa quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt... si apud eum conceptus et editus eo tempore fuit, quo furtivam esse matrem ignorabat.

Il se peut donc qu'une personne, sans se douter qu'une esclave est fugitive, la possède de bonne foi et n'apprenne que sa possession est viciieuse qu'après la naissance de l'enfant. Même s'il est décidé à recéler l'esclave, cela ne l'empêche pas d'usucaper le partus, si ce dernier a été conçu et mis au monde chez lui. Enfin, si selon la règle du fr. 1, § 1 de fug. 11, 4, le « recéleur » involontaire, en apprenant son erreur, présente la fugitive devant le magistrat pour qu'il l'arrête, etc., il n'est nullement tenu de se désister de l'enfant et peut, de bonne foi, le juger sien.

En tout cas, les prétentions du propriétaire d'une esclave fugitive sur son partus, sont sujettes à litige — elles ne peuvent pas être satisfaites au moyen de l'intervention administrative du magistrat. Il est donc clair que le commentaire, après avoir cité la disposition de l'édit « *fugitivum accipe* », explique : *fugitivi autem appellatione ex fugitiva natum non contineri*.

Il est à noter que Labeon, au commencement de la période classique, a formulé la définition qui a été répétée par Ulpien, mais mise en accord avec l'ensemble enrichi de la doctrine classique. De nouveau, c'est la même idée de l'individualisation du sort du *partus*, et les « opinions » du sénat (du fr. 1, § 1 D. eod.), et les *epistulae* de Marc Aurèle et de Commode, inspirées par des nécessités de la vie, n'ont fait qu'accentuer cette idée doctrinale. La même pensée que nous avons mentionnée en examinant l'élaboration de la théorie sur les *partus ancillarum* dans l'*universitas*, peut être répétée ici. Et, c'est le critère de la périodisation même, LE COMMENCEMENT DE LA PÉRIODE TOUCHE SA FIN.

DEUXIÈME PARTIE

APERÇU SYNTHÉTIQUE DE L'HISTOIRE DU PROBLÈME DE BRUTUS A JUSTINIEN

CHAPITRE VII

Période préclassique

§ 18

Sens de la discussion de M. Junius Brutus avec Manius Manilius et P. Scaevola. Sens primitif du mot fructus. Pecus et servus. Fragment de Gaius. Théorie de Manilius et Scaevola.

Primitivement la racine « *frug* » (*frugi*, *frui*, *fructus*), signifie, premièrement, la frugalité dans la consommation, la parcimonie, la bonne gestion du ménage, *homo frugi*, *servus bonae frugi* ; deuxièmement, se nourrir, jouir ; ensuite le terme a été appliqué pour désigner les fructus dans le sens des fruits végétaux (des arbres, des légumes, etc...) (1). Il est

(1) Petrazicki. Einkommen. I, p. 222 sqq.

à noter que la racine *frug* n'a pas été appliquée aux *fetus pecorum*. En effet, il est évident qu'un *bonus paterfamilias* n'avait pas l'habitude de consommer le croît de son bétail. S'il se comportait envers les fétus comme envers le *frumentum*, *fructus*, etc., il risquerait en quelques années de dissiper ses troupeaux. Or, dans l'Antiquité, le *pecus* était le fondement de la richesse — le capital : *omnis pecuniae pecus fundamentum* (Varro, de r. r. 2. 1). Ce n'est que peu à peu que l'étendue des *res quae in fructu sunt* s'est élargie. La croissance de la population, l'occupation des terres, limitent les possibilités pour un agriculteur d'augmenter ses troupeaux. On commence à convertir ses richesses en métal. Et, par contre, on juge déjà possible de consommer le croît du bétail, pourvu que le nombre du bétail ne diminue pas : dans ces limites, même un diligens *paterfamilias* utilise de la sorte le surplus.

Mais voici que Manius Maecilius et P. Scaevola portèrent leur attention sur l'état du *partus* : *sitne partus in fructu habendus*. La discussion s'alluma à propos de l'usufruit. Sa solution était d'une grande portée pratique, puisqu'elle devait déterminer la répartition des objets entre les parties — le propriétaire et l'usufruitier — suivant le classement de ces objets dans l'une ou l'autre catégorie. En ce temps-là, les esclaves compris dans le mobilier vif d'un domaine, du point de vue des Romains, se distinguaient à peine des bestiaux : *Pecus partes habet novem discretas, ter ternas ; ut sit una de minoribus pecudibus : cuius genera tria : ovis, capra sus. Altera de pecore maiore in quo sunt... boves, asini, equi. Tertia pars est pecuaria, quae non paratur ut ex his capiatur fructus, sed propter ea, ut ex ea sint, MULLI, CANES, PASTORES* (Varro de r. r. 2. 1). Un siècle avant Varron, l'état de choses était à peu près

le même. Et voici que les novateurs, Manius Manilius et P. Scaevola donnèrent la solution en ce sens que les partus ancillae étaient des fructus (1). Cependant Brutus s'y opposa. Le fr. 68 nous a conservé la teneur de sa sentence. A en juger par ce que Brutus écrivit ses *libri tres de iure civili* dans la forme d'un dialogue avec son fils, forme familière aux philosophes grecs, et adoptée sous leur influence par d'autres auteurs, Brutus devait avoir connaissance de la philosophie grecque, qui justement alors commençait à pénétrer dans la société romaine. Il est très possible qu'à la nouvelle doctrine proclamée par ses adversaires, Brutus ait opposé la sienne en l'étayant par de nouveaux arguments empruntés au Stoa (2). Gaius au fr. 28 D. de usur. 22, 1 expose la doctrine des jurisconsultes d'autrefois : *absurdum enim videbatur*. Ce qui est le plus probable c'est que la sentence de ce texte se place au moment le plus aigu de la discussion et expose l'argumentation de Brutus, qui venait de remporter la victoire, avec plus de détails que dans le fr. 68 (3). Le principium énumère les produits animaux qui sont *in fructu* comme *lac, pilus, lana* et aussi *fétus*. *Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet : absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*.

La confusion des éléments juridiques et philosophiques saute aux yeux. Dans l'argumentation des *veteres*, les spécu-

(1) Il est évident qu'auparavant il n'y avait point de question si les partus étaient les fruits ; les fétus ne l'étaient pas, à plus forte raison les partus des *vernae*. Or, le commerce des esclaves ne s'est épanoui qu'après les guerres puniques. La controverse en question est liée, croyons-nous, à ce fait.

(2) V. plus bas.

(3) Tandis qu'Ulpien utilise la sentence de Brutus en l'adaptant à ses propres idées, Gaius ne veut qu'exposer exactement et soigneusement la doctrine des anciens — il est avant tout un théoricien.

lations philosophiques sur la Nature ne sont pas encore bien « digérées », les jurisconsultes ne font que compiler les éléments hétérogènes. Cependant, grâce à cela, les procédés mentaux sont mis à nu, et leur restitution nous est facilitée. La sentence de Brutus au fr. 68 nous aide à saisir le sens de quelques expressions du passage cité :

neque IN FRUCTU HOMINIS (1) homo esse potest.

La phrase correspondante de Gaius est :

cum OMNES fructus.

Autant que nous l'avons pu remarquer, le fragment cité de Gaius est le seul où se trouve l'expression OMNES FRUCTUS. Cette expression, avec l'expression d'*hominum gratia* implique la pensée qu'il y a des espèces de fruits destinés par la *rerum natura* à l'usage des autres êtres. Une échelle hiérarchique est dressée, en haut de laquelle est l'homme ; d'où il devient clair que les expressions OMNES FRUCTUS et FRUCTUS HOMINIS sont adéquates, et notre hypothèse que le fragment appartient au temps de la lutte de Brutus avec les novateurs se justifie.

L'idée que tels phénomènes de la Nature sont subordonnés aux autres et que tous ensemble ils sont subordonnés à l'homme est exprimée par les stoïciens (1). Par exemple, Cicéron (de nat. deor. II cap. 14, § 37) dit : Scite enim Chrisippus, ut

(1) M. Brini, dans le § 7 de son étude, prétend que l'*in fructu hominis* veut dire *in fructu ancillae*. Le contexte nous semble inspirer l'idée qu'il s'agit plutôt de l'usufruitier. L'argument de M. Brini, qui invoque la sentence d'Ulpien, où celui-ci dit « *in hominis appellatione ancilla continetur* » n'est pas applicable à notre contexte. M. Brini pourrait avec plus de force invoquer les textes de Gaius dans le « de operis servorum », si l'objection de différence de fond des espèces ne pouvait être faite même dans ce dernier cas. L'exposé suivant nous semble suffisant pour réfuter les explications des mots, présentée par l'éminent romaniste italien.

clipei causa involucrum, vaginam autem gladii, sic praeter mundum caetera omnia aliorum causa esse generata ut eas fruges atque fructus, quos terra gignit, animantium causa animantes autem hominum, ut eorum vehendi causa, arandi bovem, venandi et custodiendi canem.

Selon toute probabilité, Brutus lui aussi emprunte son idée à cette même source.

La construction juridique de *fructus* = *reditus*, élaborée plus tard, n'existait pas encore. Alors, sous le nom de fruits on entendait les objets destinés à la consommation, à l'utilisation immédiate par l'ayant-droit. Manius Manilius et Scévola ont déjà compris que cette notion devait être plus compliquée et plus abstraite. C'est là leur mérite. De ce que les *partus* ne sont pas comestibles, il ne s'ensuit pas encore qu'il soit expédient de les abandonner au propriétaire et les exclure du *lucrum* de l'usufruitier : l'esclave est une chose comme les autres.

(1) Cette idée est familière aussi aux vieux monuments aryens. Bhagavat-Gita (trad. de sanscrit par E. Burnouf. III. 10-13, 14). La même idée, mais transposée dans un ordre des choses plus élevé, qui comprend non seulement les hommes, mais aussi les dieux, sous le signe du « Sacrifice » accompli par l'« Action ». *Manava Dharma Castra*. (Les Lois de Manou. Trad. par M. Loiseleur-Deslongchamps. Paris 1850, pp. 61, 62). Les degrés de hiérarchie sont disposés d'après le principe du développement de l'esprit vital ; car ce monde est créé par Brahma pour sa conservation et ses progrès. Quant aux créatures, l'idée fondamentale est que « Brahma a créé certains êtres pour être mangés et les autres pour les manger ». A première vue, les propriétés de chaque degré hiérarchique, sont exprimées sans ordre, puisqu'il y a une confusion des traits extérieurs (physiques) et intérieurs (psychiques). Mais de fait, comme du point de vue de la gnoceologie des systèmes philosophiques de Vaïchechika, de Nyaya et les sôntres Patandjali, l'étendue de la notion de perception est plus large que la nôtre (elle comprend aussi ce que l'œil d'un yoghi illuminé est capable de percevoir), et comme la classification est faite d'après le principe de la perception, elle est irréprochable. Ces propriétés se sont manifestées de même dans la polémique des bouddhistes du ix^e siècle, avec les représentants des écoles mentionnées. V. Chitchebatkoï. Système de logique de Darmakirti (en russe). I, p. 204 sqq.

Cependant, en pratique cette solution n'était pas habile. Si un diligens paterfamilias ne convertissait le croît de pecus qu'avec beaucoup de circonspection, à plus forte raison fallait-il être circonspect en ce qui concernait les esclaves. Le maître d'un petit nombre d'esclaves mâles et femelles qu'il avait reçus en héritage de telle sorte que l'usufruit en fût légué à un tiers, se serait trouvé dans une situation embarrassante. Plus haut, nous avons vu comment Labeon quelques 150 ans plus tard assignait les partus dotaux au mari, non pas en tant que propriétaire mais « pro periculo ». Si le *grex pecorum* se complétait bien vite par la reproduction, ici l'usufruit menaçait de compromettre la fortune du propriétaire, en constituant pour lui une charge démesurée. Mais en même temps il était clair pour Brutus que ses adversaires, avec leur conception plus subtile du fructus étaient supérieurs aux Anciens, à condition qu'on ne leur oppose pas de nouvelles raisons qui renversent leur théorie, pratiquement peu heureuse et en contradiction avec la *ratio* de la vie réelle. Et, ces arguments, il les trouva dans la source qui offrait la science des relations vitales, dans la doctrine philosophique. Cela était aussi raisonnable que, par exemple, le désir de Göppert de se conformer à notre connaissance de la Nature plus parfaite par comparaison à celle des anciens, dans les conclusions juridiques sur les « organische Erzeugnisse ».

Mais le caractère mécanique de confrontation des éléments hétérogènes est resté — *fetus statim b. f. possessoris fit, partus ad dominum proprietatis pertinet* — *absurdum enim videbatur hominem... etc.* Voilà probablement pourquoi l'argument semble puéril à Girard. L'éminent romaniste n'a pas pris en considération que Brutus était dans l'impossibilité de

formuler sa pensée autrement, puisque selon les idées de son temps, le fructus, comme la catégorie des objets concrets, n'avait pas besoin d'une construction juridique et même n'en pouvait avoir aucune. Il s'agissait donc pour Brutus, non pas d'exprimer en catégories juridiques les conséquences d'une conception de la Nature, mais de déterminer, tout simplement, les propriétés de tels objets d'être le fructus et l'exclusion du partus comme la suite civile de sa nature.

Le fr. 68 est déjà composé tout autrement. Fructus, ici, est un rapport purement juridique, correctement construit. La théorie d'inclusion de fœtus et d'exclusion du partus s'est réfléchi dans une série de solutions d'espèces. S'il y a à la base le concept non juridique, il est travaillé et transposé en théorie contenant des éléments juridiques homogènes. Mais c'est un travail de la théorie classique.

§ 19

**Fructus et partus. Fragment de la lex agraria de l'an 110.
Fragment d'inscription dite éloge de Turia (C. I. L. VI.
1527) retrouvé à la Via Portuensis en 1898.**

Nous ayons mentionné à la note 2 du paragraphe précédent les changements économiques qui se sont produits avec des guerres puniques. Il faut maintenant reprendre la question sous un autre angle. Notamment il est intéressant de reconstituer comment on est passé de la notion primitive des fruits comme objets empiriques à la notion abstraite de fruits dans le sens technique. Nous croyons qu'il est possible de préciser quelle était l'ambiance économique et même les points de départ de ce changement.

Il est très difficile de s'en rendre compte d'après les sources juridiques que la compilation de Justinien nous fournit. La théorie développée ne remonte point à l'antiquité. Le choix des auteurs dans les titres du Digeste qui en relèvent, peut suggérer une idée approximative sur la date. C'est une théorie classique, semble-t-il. En effet, les auteurs, dont les fragments sont cités dans le livre VII, sont tous de l'époque des Antonins. Il n'y a qu'une seule exception : les fr. 53 et 54 du titre I, sont de Javolenus. Le titre I *de usuris et fructibus* du livre XXII, ne donne place également qu'aux mêmes auteurs, et le seul fragment 49 y est du même Javolenus. D'ailleurs il n'est pas facile d'après les fragments 53 et 54 du livre VII, 1 de se rendre compte si la conception de l'élève de Labeon était

déjà adéquate à la théorie classique ou non. Le dernier fragment du 22, 1 semble nous donner un peu de lumière.

Fructus rei est vel pignori dare licere.

Si on comprend les fruits comme l'amas des objets empiriques, quelle pouvait être la difficulté de les donner en gage ? Donc, on ne saurait comprendre pourquoi le jurisconsulte aurait eu besoin d'en parler spécialement. Toutefois, ce n'est pas un argument décisif. Nous nous abstenons de nous prononcer sur la question de savoir qui fut l'auteur de la théorie juridique.

Cependant, il est possible, croyons-nous, de préciser les deux aspects du problème et de les apprécier dans le milieu historique, afin de comprendre comment la notion des fruits a pu se former. La théorie classique et la notion abstraite des fruits sont liées à la notion du capital dont la fonction est d'apporter les fruits. Le *FRUCTUS* = *REDITUS*. Ce *reditus* est beaucoup plus le résultat du placement du capital que le produit du travail, dont un *bonus paterfamilias*, un *homo frugiv* va se réjouir. C'est dans l'aspect capitaliste que la culture agraire romaine a pris qu'il faut chercher la réponse à la question. Bien plus, nous avons des témoignages sur les événements économiques dans l'histoire des deux derniers siècles de la république qui, semble-t-il, mettent à nu l'origine de la transformation des idées.

Il ne faut pas se fier aux témoignages d'historiens qui n'étaient pas des contemporains pour apprécier le sens du terme *fructus*, lorsque celui-ci est employé. D'autre part, il ne faut pas s'attendre à ce que nous puissions rencontrer ce terme bien souvent dans les inscriptions : pour notre compte, nous ne l'avons rencontré que deux fois, mais ces deux ins-

criptions fournissent, à notre avis, un témoignage assez éloquent. Ici se fait jour l'autre aspect du problème : comment les esclaves ont commencé à être considérés, de telle sorte que le problème du *partus* a pu se poser.

Nous n'avons pas besoin de rappeler les lignes générales de l'histoire économique, bien étudiées dans divers ouvrages jusqu'aux plus récents (1), et qui, pourtant, laissent le champ ouvert à des observations sous l'angle où nous nous plaçons.

Il est bien connu que la République Romaine était un état paysan dont l'épine dorsale était constituée par les agriculteurs qui, en cas de nécessité, laissaient la charrue pour prendre le glaive. Les légendes populaires sur Cincinnatus ou Valère Maxime qui louent les vertus romaines, nous donnent l'idée de l'économie dure et austère où un citoyen, quelle que fut sa situation publique, menait souvent une vie sobre et laborieuse. Nous avons mentionné plus d'une fois comment cette économie de petits ménages de sept *iugera* a été bouleversée par des guerres puniques, comment de nombreux paysans ne voulaient plus revenir à leurs terres, ayant goûté l'existence dangereuse mais peu monotone des militaires, et les délices de la vie urbaine. D'autre part le mobilier de leurs exploitations fut souvent détruit ou détérioré à tel point qu'il leur était très difficile de recommencer une exploitation utile. Plusieurs terrains furent délaissés faute de cultivateurs libres. Pour comprendre ce que cela signifiait il suffit de se reporter

(1) Tenney Franck. *An economic history of Rome*. Baltimore 1920. Heitland, l. c. ; Ch. I du « *The Social and Economic History of the Roman Empire* », par Rostovtzeff. On peut mentionner aussi l'ouvrage de Rice Holmes, « *The Roman Republic and The Founder of the Empire* » 1923, où l'auteur consacre des passages importants à l'économie romaine de l'époque transitoire ; Toutain. *L'économie antique*. Paris 1927. Partie III, ch. IV et partie IV.

à l'histoire de Valère Maxime qui était inquiet sur le sort de sa femme et de ses enfants quand son esclave villicus mourut. Il faut se rendre compte que si l'esclavage existait lors des temps les plus reculés comme une institution juridique, au point de vue économique, et, notamment, au point de vue du système agraire, il ne jouait pas de rôle important (1). Maintenant la seconde guerre punique arrivait à sa fin. Les soldats romains, désormais victorieux étaient sur le point de libérer le sol italique des envahisseurs, mais la caisse de l'état était maigre. Elle pouvait à peine supporter les frais de la guerre que Philippe de Macédoine avait déjà déclarée. On se souvient bien des emprunts qu'avaient faits quelques années auparavant à des particuliers et qui avaient permis alors d'affronter la campagne. La guerre avait été heureuse. La République sortait définitivement des limites étroites de l'état cité pour s'engager sur la voie de l'Empire mondial. Cependant, les années passaient, et les créanciers de la dette publique n'avaient pas encore obtenu le remboursement. Le consul de 204 M. Valerius Laevinus s'occupa de la chose.

« *Grata ea patribus admonitio fuit* » — raconte Tite Live (29, 16, § 3) — *iusisque referre consulibus decreverunt, ut tribus pensionibus ea pecunia solveretur ; primam praesentem II, qui tum essent, duas tertii et quinti consules numerarent.*

Cependant, vers l'an 200, le deuxième versement n'avait pas encore été effectué (2). Les créanciers devenaient impatients. On les satisfait par l'assignation des terres publiques. C'était

(1) Cf. sur le rôle de l'esclavage de l'Antiquité des considérations remarquables d'Eduard Meyer. *Kleine Schriften* : p. 178 sqq.

(2) Rudorff, *Gramatische Institutionen*, p. 287-8.

avantageux à la fois pour l'état et pour les créanciers. Les terres publiques estimées par des consuls, représentaient le tiers devant être versé de la dette. De là le nom *trientabulum*. Toutefois, les créanciers ne devaient pas devenir pleins propriétaires, ils devaient payer à l'Etat un *as* par *iugerum*, et, plus tard, s'ils le préféraient, ils pourraient, en rendant la terre à l'Etat obtenir le remboursement en espèces. La plupart des créanciers appartenaient à la noblesse. Or, le commerce était défendu aux nobles. Le placement de l'argent en terres était recherché. Nous rencontrerons des *trientabula* 90 ans plus tard, lorsque la *lex agraria* les mentionne.

Ces *trientabula* marquent, semble-t-il, un des points de transformation de l'économie romaine. Désormais, les paysans seront sur la voie de céder leur place à des domaines de plus en plus grands. L'apparition des esclaves comme une conséquence de guerres heureuses va résoudre le problème du travail. La vie agraire prendra l'aspect capitaliste. L'influence de Carthage, vaincue, se fera sentir sur les champs fructueux des vainqueurs. Et peu après elle les épuisera.

Les fruits d'un *trientabulum* ne ressemblent point aux fruits d'un lot de terrain paysan. Ce ne sont plus les produits de la terre que le paysan propriétaire a acquis comme résultat de son travail avec un *verna*. Non, un détenteur, ou plutôt un possesseur du *trientabulum* est un capitaliste. La terre représente ce capital qu'il a donné à titre de prêt à l'état. Les fruits de ce bien-fonds se rapprochent dans sa conscience des intérêts, des *usurae*. Tel capitaliste a dépensé, en outre, de l'argent pour munir son bien-fonds d'un mobilier vif, dont l'élément le plus important était des esclaves. Tout cela représente son capital. Le mot *fructus*, *frui* est ap-

pliqué aux trientabula. En effet, nous le rencontrons sur l'inscription de la lex agraria de 643 ab. u. c. 110 av. J.-C. :

66. *fruentur queive pro colonia moincipiove prove moincipieis fruentur, queive in trientabulis fruentur.*

Telle était la transformation des notions.

Les changements dans le système de culture de terres ont été, semble-t-il, une des causes principales du facteur qui s'est fait sentir quelque peu plus tard. Le sol italique était sur le point d'être épuisé (1). Déjà les Gracques se sont donné beaucoup de peine pour restaurer l'économie des petits ménages paysans. Presqu'en vain. La permission de vendre les terrains répartis gratuitement entre les occupants, la concurrence difficile avec des domaines mis sur le pied capitaliste, ont provoqué la nouvelle concentration des terres dans les mains des riches. Sulla, avec les confiscations et répartitions parmi ses soldats des biens confisqués (2), a fait un nouvel effort pour maintenir les petites propriétés. La terre épuisée, il fallait recourir à la culture scientifique. Les traités des agronomes, témoignent de cette nécessité.

Avec l'épuisement de la terre, un nouveau facteur apparaît : les esclaves. Le maniement des esclaves sur les domaines concentrés chez les riches propriétaires deviendra tout une science. Il est intéressant que Caton l'ancien, n'y consacre que quelques mots. Il s'intéresse aux esclaves mais, principalement au point de vue de leur valeur vénale, sans considérer leur rapport à la terre. Varron s'intéresse déjà aux esclaves par rapport à la terre, et c'est seulement Columelle qui leur con-

(1) Cf. Tenney Frank, l. c. Ch. XVI. The exhaustion of the soil, où l'auteur donne un tableau très intéressant de l'ensemble du problème et des analogies avec l'économie du moyen-âge et des temps modernes.

(2) Kromayer. Nene Jahrb. 1914, p. 161.

sacre des passages pleins de détails. On peut saisir ainsi l'accroissement de l'importance du sujet. Nous avons vu quelle était la conception de l'*instrumentum fundi*. On considère les esclaves comme l'élément du capital. Au temps de Columelle, cette conception était déjà existante. Au temps de Caton l'ancien, elle ne l'était point. Nous possédons heureusement un témoignage épigraphique de première importance qui fournit, paraît-il, des données précieuses pour l'époque intermédiaire. C'est une inscription de la date particulièrement importante au point de vue de notre sujet.

Son auteur, un des proscrits de 705, l'a fait graver sur la pierre funéraire de son épouse, quelques dizaines d'années après les confiscations ordonnées par le dictateur, alors que les résultats de ses mesures avaient été presque oubliés, et la vie a repris son courant régulier. Je veux parler de la célèbre inscription connue sous le nom de LAUDATIO TURIÆ, plutôt du fragment de l'inscription retrouvé à la Via Portuensis et publié par M. Vaglieri dans *Notizie degli Scavi di Antichità* en 1898, p. 412 sqq.

Voici le texte tel qu'il est reconstitué par Dessau. I. L. S. 8393.

[V]XORIS

.....[SVBSI]DIA - FVGAE - MEAE - PRAESTITVISTI - ORNAMENTIS
[DIVENDITIS] CVM - OMNE - AVRVM - MARGARITAQVE - CORPORI
[DETRACTA TRAD]IDISTI - MIHI - ET - SVBINDE - FAMILIA - NUM-
MIS - FRVCTIBVS - [DECEPTIS A]DVERSARIORVM - CVSTODIBVS -
APSENTIAM - MEAM - LOCVPLETASTI.

C'est la langue de la veille de la période classique qui se révèle sur l'inscription. La date du texte peut être plus ou

moins précisée. L'inscription fut gravée en 746-752 a. u. c. (1). La femme a enrichi l'absence de son mari *FAMILIA NUMMIS FRUCTIBUS*. On ne peut pas y chercher, bien sûr, l'exactitude technique des expressions. Cependant, voilà les trois éléments qui sont si importants dans la vie d'un domaine, et qu'on distingue nettement. Nous voyons dans le mot *familia* — les esclaves — c'est la *familia servorum*. Ensuite, les *nummi* sont mentionnés et puis les *fructus*. Il faut se souvenir des *cursus honorum* rédigés dans le sens direct et dans le sens inverse ou d'une façon mixte pour se rendre compte des caractères de l'esprit latin qui cherche de l'ordre dans l'exposé, tout en étant souple quant à la détermination de cet ordre. Il se fait sentir dans le texte : par exemple *subsidia... praestituitisti* ; *aurum margaritaeque detracta tradidisti* ; *absentiam locupletasti* ; puis *domum defendisti* (2). La matière est disposée suivant l'ordre croissant des difficultés de l'intérieur vers l'extérieur, il nous semble. C'est un travail subconscient, croyons-nous. Il est d'autant plus intéressant d'en saisir la teneur. Ce n'est pas souvent que lors de ces temps troublés une femme fournit à son mari des moyens nécessaires pour sa fuite ; elle l'a fait en se dépouillant des pierres précieuses et de l'or — sacrifice pénible à une femme ; les transmettre à son mari était un acte qui demandait de sa part un effort encore plus considérable, mais cela dépendait de sa propre volonté uniquement. Elle a su faire davantage — elle a enrichi le domaine de son mari pendant son absence. Là, non seulement sa bonne volonté, mais son éner-

(1) C. I. L. VI 1527 ac (28) ad annum XXXI.. perduceretur ; cf. Des-sau, notes sur l'inscription et bibliographie ; Mommsen *Jurist. Schrift.* I, p. 395 sqq.

(2) A la fin du fragment. V. Notiz. degli Scavi, p. 413.

gie, sa persévérance, son intelligence devaient être engagées dans cette tâche. Enfin, et c'était, semble-t-il, le plus difficile, elle a su défendre le domaine contre la concupiscence et l'avidité des adversaires. Donc le passage semble être disposé d'après le principe sus-mentionné. Si nous étudions avec attention les autres passages de l'inscription, nous pourrions y voir d'autres exemples de la même tendance.

L'ordre des mots qui nous intéressent particulièrement peut, semble-t-il, nous révéler leur portée :

FAMILIA, NUMMIS, FRUCTIBUS.

L'épouse fidèle a su non seulement soutenir le domaine, mais l'améliorer, l'enrichir. L'absence du mari ne pouvait pas être si longue que la familia des esclaves eût pu s'accroître par la voie de naissances — les enfants demandent plus de dépenses qu'ils ne sont utiles. Elle devait acheter au dehors les esclaves pour enrichir sensiblement la familia. Malgré ces dépenses utiles — *impensae utiles*, l'économie a été dirigée de la sorte que les nummi accusaient le solde des opérations dans la caisse du bien-fonds, — ces nummi représentant la frugalité du chef du ménage — cette charmanie Turia. Passons aux fruits, ce sont ces fruits qui ont permis les achats d'esclaves et le solde actif des nummi. Si L'AUTEUR DE L'INSCRIPTION COMPRENAIT LES FRUITS DANS LE SENS PRIMITIF, LA PHRASE N'AURAIT AUCUN SENS — CES FRUITS DANS L'ÉCONOMIE DU DOMAINE SERAIENT REPRÉSENTÉS PAR DES NUMMI. Nous croyons que la phrase peut être traduite ou plutôt transposée de la façon suivante : *Tu as enrichi mon bien-fonds par la familia servorum qui a augmenté le capital, tu as été si bonne ménagère que, en outre, tu as économisé de l'argent malgré les dépenses faites pour l'amélioration, tu as, enfin, augmenté les revenus mêmes du bien-fonds.*

LES FRUCTUS SONT, DONC, ICI ÉQUIVALENTS AU REDITUS AU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE. C'EST A LA PÉRIODE CLASSIQUE QUE LA FINE THÉORIE JURIDIQUE SERA ÉLABORÉE EN S'APPUYANT SUR CETTE NOTION. LA FAMILIA ASSUME SOUS L'INFLUENCE DE L'ÉCONOMIE CAPITALISTE L'ASPECT D'UN ÉLÉMENT DU CAPITAL QUI VA SUPPLÉER A L'ÉPUISEMENT DE LA TERRE ITALIQUE. Dans le travail juridique de la théorie du partus, de nouveaux facteurs se feront jour à la période classique dont nous avons parlé et dont nous allons préciser l'ensemble historique dans le paragraphe suivant.

CHAPITRE VIII

Période classique

§ 20

Etat de choses à l'époque transitoire vers la période classique.

Vers l'avènement d'Auguste, l'aspect de l'Italie a changé profondément et son état ne ressemblait plus à la république qu'Hannibal ne réussit pas à combattre. Les écrivains du temps d'Auguste se plaignent de l'abaissement de la race italique, grâce au nombre des esclaves dont des multitudes avaient été affranchis, et qui peuplaient désormais la péninsule et la capitale même (1). C'était un fait de grave importance. Autrefois un esclave, le plus souvent un *verna*, était presque un membre de famille qui partageait la vie de son maître et dont la mort était ressentie presque comme la mort d'un parent ou d'un ami fidèle, comme nous l'avons vu à propos de Valère Maxime. Au fur et à mesure de l'importation des esclaves du dehors, ils devenaient une masse, et parfois, une masse dangereuse et hostile aux maîtres oppresseurs.

(1) V. les témoignages littéraires dans Heftland, ouvrage cité.

Les guerres de Spartacus en sont le témoignage trop connu. Autrefois, l'esclave affranchi devenait un citoyen romain — cela se comprenait bien. Maintenant les restrictions de la *lex Aelia Sentia* et de la *Fufia Caninia* avaient été introduites.

Cependant, si la personne d'un esclave aux temps anciens était le plus souvent respectée en fait, elle était inexistante au point de vue du droit, et l'ambiance peu mouvementée de la circulation économique ne fournissait point d'occasions où la personne de l'esclave pourrait se manifester d'une façon indirecte.

Plus tard, exception faite pour les esclaves pédagogues, ou autres de même genre, il n'existait aucun rapport ressemblant aux relations d'autrefois entre un esclave et un maître. En même temps, la vie avait changé d'aspect. Plusieurs innovations juridiques attestent son raffinement et son intensification. Le commerce grandissant avec les pèlerins a mis au jour le droit des gens. La procédure formulaire a été depuis longtemps introduite. La notion du contrat a été élaborée. L'ancien *verna*, remplacé ou non par un esclave acquis, était appelé à jouer le rôle d'un *institor*, *exercitor*, etc... Dans les chocs de la vie économique comme dans les chocs des doctrines du monde civilisé d'autrefois, la personnalité de l'esclave devait apparaître et attirer l'attention des créateurs du droit vers l'époque des Antonins. Hadrien inaugure cette transition par une série de mesures pour la protection des *humiliores*.

Il nous semble que ce processus dans la période classique, consiste plutôt à fondre en une classe les pauvres, les *humiliores*, qu'ils soient esclaves ou ingenui. Durant l'époque transitoire pleine de troubles, de dangers et, en même temps, de

possibilités, un affranchi, hier un esclave pouvait facilement devenir un millionnaire. Plus tard, quand l'époque héroïque de formation capitaliste fut passé, et la vie devenue plus stable, les possibilités de faire des fortunes prodigieuses diminuèrent. Les provinces au temps de principat vont atteindre à un niveau jusqu'alors inconnu de prospérité. On ne les exploitera plus — elles sont devenues les parties de l'empire et non pas les domaines. Les nobles vivaient exclusivement des fortunes héritées (1). Bien sûr, ces héritages s'augmentaient, parfois, pour atteindre des chiffres fabuleux, comme, par exemple, la fortune des Valerii, qui peut être comparée vers le v^e siècle avec les fortunes des nababs industriels des Etats-Unis. Mais nous ne trouvons plus d'exemple d'un Pomponius Atticus, et Trimalchion n'apparaîtra pas après la bataille de Crémone.

Il est vrai, les esclaves énergiques doués d'intelligence se feront la route dans les *scrinia* des empereurs et dans le commerce, étant munis d'un pécule. Quelques traits dans l'histoire de pécule seront l'objet du paragraphe à suivre, parce que la conception du pécule et ses transformations sont le thermomètre des transformations qui se sont produites autour de la personnalité de l'esclave.

(1) V. Gelzer. Die Nobilität der Kaiserzeit, dans *Hermes*, 1915 (50 B.), p. 414 sqq.

§ 21

L'esclave et le pécule. Libera administratio et la personnalité de l'esclave dans l'antinomie du droit positif et du commerce.

Peculium dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum (fr. 5, § 3 D. 15, 1. Ulpien XXIX ad. Ed.) Peculium autem Tubero sic definit, ut Celsus libro sexto Digestorum refert : quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur (§ 4 eod.).

Donc, deux éléments sont essentiels pour la notion du pécule — ce sont le *permissus domini* et la *ratio separata*. C'est bien cette dernière qui importe, puisqu'elle permet à l'esclave de prendre sa part indépendante dans la vie civile. La nature du pécule ne se fixa pas d'un seul coup. La *Ratio separata* au temps de Labeon n'était pas conçue aussi largement que plus tard. Au fur et à mesure de la stabilisation de la vie économique romaine et de l'importance que présentaient les nombreux esclaves qui menaient une vie presque indépendante, la conception que nous trouvons chez Labéon devait changer. A strictement parler elle exprimait une innovation résultant des changements déjà produits à la veille de la période classique, cependant elle démontre plutôt le point de départ d'un rapport qui ne sera élaboré que durant cette période même. Le cercle des actes de volonté de l'esclave s'élar-

gissait par des progrès intermittents suivant que se marquait de plus en plus la discordance entre les rapports de fait et la théorie juridique en vigueur à tel moment.

Celsus, lib. Dig. (fr. 6 eod.).

Definitio peculii, quam Tubero exposuit, ut Labeo ait ad vicariorum peculia non pertinet. Quod falsum est, nam eo ipso, quod dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisset existimandus est.

A en juger d'après le texte, Celse entrevoit chez Labéon cette idée, que le pécule du vicaire ne peut être valablement constitué que par une concession spéciale et expresse de la part du dominus. Cela établit la limite des pouvoirs de l'esclave dans l'administration de son pécule. Celse, par contre, croit que le *permissus domini separata a rationibus dominicis bona habere* comprend la permission tacite à l'esclave de constituer le pécule pour les vicaires. Cependant, théoriquement, ce serait au point de vue de Celse la constitution du pécule du vicaire par le maître. L'application de la théorie donnait déjà le champ plus libre pour l'administration du pécule. La permission expresse et spéciale n'était plus requise pour la validité de la constitution. C'était, croyons-nous, l'influence indirecte du droit commercial (1). De même que de nos jours le droit civil exige l'autorisation spéciale du mari pour tout acte passé par une femme mariée, le droit commercial se contente d'une autorisation tacite et générale pour une femme mariée commerçante. Il n'y avait pas à Rome, de délimitation précise entre le droit civil et le droit commercial, si ce n'est que la distinction entre le *ius civile* et le *ius gen-*

✓ (1) V. plus vas, sur l'*actio tributoria*.

tium, le dernier étant sous l'influence accentuée des rapports commerciaux (1).

Il est intéressant de remarquer que Marcellus dans ses notes au Digeste de Julien énonce l'idée que la concession expresse du pécule n'est nullement nécessaire pour son existence ; c'est seulement le non enlèvement du pécule de la part du maître qui équivaut à la concession : *ego autem puto, non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat* (2).

Le pécule du vicaire par rapport à l'ordinaire est considéré, semble-t-il, par Ulpien d'une façon analogue au pécule ordinaire par rapport au patrimoine du dominus dans le cas le plus important — quand il s'agit de l'*actio de peculio*. Hinc quaeritur, si ordinarii servi nomine actum sit de peculio an agi possit et vicariorum ? Et puto non posse. Sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii (fr. 19 pr. D. eod.).

Il nous semble qu'Ulpien comprenait la théorie de Celse pour la constitution du pécule du vicaire autrement que Celse lui-même. Tirant de la note précitée de Marcellus une conclusion, Ulpien écrit : *Alia causa est peculii liberae administrationis nam haec specialiter concedenda est*.

Donc, quand il y a une concession spéciale, il s'agit du pécule liberae administrationis, et pour celui-ci : *scire autem non utique singulas res debet, sed παχυμερέστερον et in hanc sententiam Pomponius inclinat*. Donc, la ratio separata élargissait, selon toute probabilité, les pouvoirs de l'esclave jusqu'à la possibilité de constituer le pécule à son vicaire.

(1) Nous sommes, évidemment, loin de confondre les deux subdivisions ou de proposer le parallèle.

(2) Ulpianus, lib. XXIX ad Ed., fr. 7, § 1 D. 15, 1 note citée de Marcellus au Digeste de Julien.

En effet, la constitution du patrimoine séparé à titre de pécule se liait au commencement de la période impériale à la comptabilité dont les livres enregistraient scrupuleusement l'état du patrimoine du dominus (1). Dans l'espèce, l'esclave tenait les livres de comptabilité pour son pécule, et le mouvement de ce patrimoine comme les transactions de toutes sortes n'étaient plus enregistrées sur des livres du dominus. Cela étant, au cas où l'esclave voulait constituer le pécule au vicaire, il était logique de le laisser agir de telle sorte que l'acte de constitution ne touchât pas la comptabilité du maître.

Par conséquent, dans ce changement de la théorie du pécule et dans l'élargissement des pouvoirs de l'esclave s'est fait jour une tendance à lui procurer un champ plus vaste pour son activité indépendante. Cela se comprend. A Rome, la destination des esclaves était double : les uns étaient employés à des services personnels ou comme cultivateurs de la terre, les autres, les plus capables, et il y en avait beaucoup, exerçaient une activité indépendante, soit dans les villes, en qualité d'artisans, de médecins, de commerçants, ou autres professions, soit à la campagne, en qualité de colons (2). Nous avons vu plus haut (V. § 10) qu'on ne concédait que fort rarement un pécule aux cultivateurs des terres. Il est vrai que les esclaves investis de fonctions administratives importantes comme villicus, magistri operum, recevaient un pécule surtout dans le but de les intéresser à leur service (3). Donc pour un dominus, ce genre de pécule était sans importance

(1) V. M. Pernice, *Labeo*, I, p. 127.

(2) Pour les colons, v. plus bas.

(3) Déjà Varro de r. r. I, 17, 5.

économique. Par contre, le pécule assigné aux colons, et surtout aux artisans urbains et aux commerçants qui étaient nombreux, était très intéressant. Les petits fermiers payaient leur cens annuel, en nature ou en argent, les *servi arte fabrica periti* apportaient, également, la *merces annua* au maître. Dans ces conditions ce dernier était très intéressé à hausser autant que possible la productivité de leur travail, et dans ce but à leur assurer le crédit. Les créanciers devaient être sûrs que le pécule leur servirait de gage pour les obligations de son titulaire en dérogation au principe *melior conditio nostra per servos fieri potest deterior fieri non potest*. D'autre part, il n'était pas désirable pour le maître de tolérer la pleine liberté d'administration de son esclave lors de toute constitution du pécule. C'est de la sorte qu'apparaît dans le droit la distinction entre le pécule ordinaire et le pécule *cum libera administratione* (1). Ce dernier ne peut être créé que par une manifestation expresse de volonté du dominus, au moyen de laquelle celui-ci garantit aux créanciers que le pécule de l'esclave répond en entier pour les obligations qui le grèvent du fait de l'esclave.

Vers le temps de Sévère et de Caracalla le développement de la liberté de disposer du pécule amène de nouvelles vues sur ce dernier. Le dominus ordinairement cesse de considérer le pécule comme une partie de son propre patrimoine sur laquelle il peut compter comme sur le capital. On peut conclure de ce fait qu'une convention de rachat de la liberté par un esclave peut être réalisée au moyen du versement d'une somme tirée du pécule. Bien que *de iure* le pécule ne cessât

1) Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 136 sqq.

pas être la propriété du dominus, par l'effet de la *libera administratio* il se trouvait mêlé dans des rapports tellement complexes que très souvent un dominus se contentait d'une partie du pécule pour le prix de rachat de la liberté. Ce prix de rachat, à proprement parler, était la capitalisation de la *merces annua* que lui payait l'esclave. Celui-ci vivant tout à fait librement, sa manumission ne modifiait, tant soit peu sensiblement, le patrimoine du dominus, que par la disparition de la *merces annua*. C'est seulement par là qu'on peut comprendre l'*epistula divorum fratrum* sur l'acquisition de la liberté par un esclave *qui suis nummis emitur*. Ces *sui nummi* pouvaient provenir *ex peculio quod ad venditorem* (dominum scil.) *pertinet* (fr. 4, § 1 D. 40. 1. Ulpien).

Le prix de la liberté ne devait pas, semble-t-il, excéder le montant de la capitalisation de la *merces annua*. Nous possédons un curieux témoignage épigraphique qui peut nous donner une idée du montant de ce prix, bien que dans l'espèce les nummi proviennent de la source qu'Ulpien, dans le texte précité, appelle *ex lucro adventicio* :

D. M. | P. Decimius P. l. Eros | Merula medicus | clinicus, chirurgus | ocularius VI vir | Hic pro libertate dedit HS Im | Hic proseviratu in rem p. | dedit HS Φ Φ Hic in statuas ponendas in | aedem Herculis dedit HS nIn nIn nIn In Φ Φ | Hic pridie quam mortuus est | reliquit patrimonii | HS Q..... (1).

Ce médecin affranchi a donc payé cinquante mille sesterces pour sa liberté. Il en a versé deux mille pour le sevirat, 37 mille pour ériger des statues dans le temple d'Hercule et

(1) Dessau. I. L. S. (II pars. II), 7812.

a laissé un patrimoine évalué à cinq cent mille sesterces (1), qu'il a su, par conséquent économiser pendant les années de sa pratique. Il est dommage que l'inscription ne nous renseigne pas sur la durée de sa vie, et que nous ne puissions préciser les proportions exactes de l'acte de rachat.

La liberté d'agir des artisans a eu comme conséquence l'application du droit commercial. En effet, le *peculium liberae administrationis*, devenu un fonds de commerce, une *negotiatio* indépendante, est susceptible de l'*actio tributoria*, où le dominus de l'esclave est considéré comme un créancier étranger ; *dominus... si scierit servum peculiari merce negotiari velut extraneus creditor ex hoc Edicto in tributum vocetur* (Ulpien, fr. 1 pr. D. trib. act. 14. 4). Il s'agit précisément d'une entreprise commerciale indépendante. *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciatores pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum Edictum* (§ 1 eod).

Dès le temps de Varron se forma l'usage d'aliéner un esclave avec son pécule (de r. r. 2. 10, § 5). Dans le droit impérial, il y a une tendance à favoriser les affranchissements avec pécule afin d'éviter l'augmentation de la population prolétaire (2). Par conséquent, en règle générale, l'esclave passe dans le patrimoine d'autrui ou acquiert la liberté avec son pécule. Cela ne fit qu'accentuer l'idée de l'indissolubilité du lien entre l'esclave et son pécule. L'esclave n'est plus *de facto*, un simple gérant des biens à lui concédés. Le pécule devient

(1) Il semble qu'après Q, il y avait même actuellement effacés. V. Dessau., l. c.

(2) Pernice, l. c., p. 147.

une universitas, et l'affranchissement, du vivant du maître, est généralement précédé d'une convention entre celui-ci et l'esclave sur le versement d'une somme déterminée. C'est le *pactum de libertate* (1). C'est déjà une brèche dans le cadre des rapports du pécule qui absorbait la personnalité de l'esclave comme un simple gérant du pécule. Bien qu'il n'en sorte pas encore en ce sens qu'il n'est pas devenu le sujet du rapport indépendamment du pécule, néanmoins le *pactum de libertate* est dirigé dans un sens qui n'a pas été prévu dans sa concession.

Outre l'arrangement avec le maître, les sources mentionnent le contrat conclu par l'esclave avec un tiers. L'essence du contrat est que l'esclave s'oblige envers le tiers pour que celui-ci le rachète de l'esclavage, pour une somme de nummi déterminée que l'esclave est tenu de lui verser. Le fr. 4 D. 40. 1 prévoit plusieurs hypothèses, dont l'ensemble démontre combien compliqués pouvaient être les rapports qui se présentaient. L'emptio est effectuée en raison du contrat. Autrement, même si l'esclave proposait cette somme, l'emptio resterait pour lui sans résultats. Il faut qu'il soit clair dès l'origine que l'achat est imaginaire. Dans ce contrat la brèche est ouverte. Quoiqu'Ulpien dise que ce n'est que *conniventibus oculis* que l'on peut reconnaître les nummi siens, le lien entre ces nummi et le pécule proprement dit est rompu. Les nummi peuvent être ou ne pas être puisés dans le pécule, bien que, en général, ce soit l'administration du pécule qui ouvre le crédit à l'esclave.

En commentant l'*Epistula Divorum fratrum*, Ulpien pre-

(1) Cf. fr. 8, § 5 D. 33. 8. Ulpien.

cise la notion de *sui nummi*. Le commentaire part de ce que *suos nummos servus habere non potest*. Après l'énumération des cas possibles de leur origine, Ulpien établit la règle générale : ce qui est essentiel et nécessaire c'est que l'*emptor* ne dépense pas son propre argent. Par conséquent *sui nummi* peuvent appartenir à plusieurs personnes, être obtenus peu à peu à l'aide de différents moyens. Il appert du § 10 eod. qu'Ulpien ne voit rien qui en empêche. *Sui nummi* composent pour ainsi dire une *universitas*, formée autour de la personne de l'esclave — université dont un des éléments peut être l'argent puisé au pécule. L'antinomie des règles de droit et de la conscience de droit devaient battre en brèche l'idée qu'un esclave n'était qu'une chose *inacipi*. Il apparaît dans l'espèce comme une personne qui peut s'obliger en vue de ces propres fins.

Nous mettons de côté les actes *mortis causa* où la personnalité de l'esclave apparaît beaucoup plus tôt qu'elle n'a pu apparaître dans les actes *inter vivos*, là où un esclave est une des parties contractantes. Les fragments qui parlent de l'obligation naturelle sont récents. Les auteurs en sont Papinien, Ulpien et Paul. Dans un fragment de Paul, Pomponius est mentionné. En tous cas, le premier des textes du Digeste où l'esclave figure obligé personnellement, comme un *reus promittendi* dans un rapport contractuel appartient à Papinien :

Papinianus, lib. IX quaest. (fr. 50, § 2 D. 15. 1).

Etiam postquam dominus de peculio conventus est fideiussor pro servo accipi potest. Et (ideo) qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbatur, quia natu-

ralis obligatio, quam etiam servus accipere videtur, in litem translata non est.

Pernice (1) en conclut qu'on ne peut pas rapporter la formation de l'obligation naturelle au système du pécule, parce que cette obligation ne s'éteint pas par l'actio de peculio.

Il nous semble que ce n'est pas tout à fait exact. Le problème gît dans un autre plan d'idées. Dans le système du pécule, tel que nous l'avons esquissé, on constate à la période classique une tension progressive de l'antinomie des deux faits : l'activité autonome de l'esclave, reconnue grâce à la libera administratio, et son absorption par la sphère du pécule qui ne correspondait pas à la réalité. L'actio de peculio est dirigée contre le dominus, mais dans les limites du pécule. Même si le dominus, par imprudence, a payé plus que *peculium patitur*, il ne peut exiger le surplus *condictione indebiti*.

Si is cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest (fr. 11 D. cond. ind. 12, 6 Ulpien). Mais si l'action est dirigée contre le dominus « naturaliter », elle est conçue *servi nomine* ; c'est l'esclave qui figure dans la *demonstratio*. Donc, le paiement dépassant les limites du pécule de la part du dominus est considéré comme paiement *servi nomine*. Ce paiement ne peut pas être répété, puisque *indebiti soluti conditio naturalis est* (Paul, fr. 15 pr. eod) : *Naturaliter etiam servus obligatur ; et ideo si quis nomine eius solvat, vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat repeti non poterit* (fr. 13 eod. Idem). Donc, il

(1) L. c., p. 142.

rattache l'obligation naturelle à la *libera administratio peculii*. Il serait, donc, plus exact de dire que, BIEN QUE LA FORMATION DE L'IDÉE DE L'OBLIGATION NATURELLE SOIT CONDITIONNÉE PAR LES PARTICULARITÉS DU SYSTÈME DU PÉCULE, SA NAISSANCE, TOUTEFOIS, A BRISÉ LE CADRE DU PÉCULE, POUR DONNER A L'ESCLAVE UNE PERSONNALITÉ PROPRE.

Dans le fragment cité de Paul, dans les fragments d'Ulpien, fr. 19, § 4 D. 39. 5 et fr. 14 D. de O. et A. 44. 7, où l'esclave apparaît dans l'espèce comme un *reus stipulandi*, les effets du rapport juridique dont l'esclave est devenu une partie, sont transportés *in libertatem*, où déjà libre il reste ce même sujet du même rapport. CE N'EST PLUS NI L'ESCLAVE NI L'AFFRANCHI QUE LE JURISCONSULTE A DEVANT SES YEUX, MAIS L'ESCLAVE ET L'AFFRANCHI SONT DES *personae* A TRAVERS LESQUELLES ON DISCERNE L'INDIVIDUALITÉ, L'AGENT RÉEL DE LA VIE JURIDIQUE LE SUJET CONSTANT DE L'OBLIGATION MALGRÉ LE CHANGEMENT DES *masques*.

Nous n'avons point traité dans ce paragraphe des esclaves colons, bien qu'ils apparaissent déjà à cette période. Leur existence n'en est point le trait caractéristique. L'urbanisation de l'empire est le fait le plus remarquable de la période. La pacification et le plus haut degré de civilisation accompagnent ce processus. La vie juridique raffinée et la libre activité des individualités la caractérisent. Les esclaves mêmes jouissent de possibilités qui ne seront plus, plus tard, accessibles aux hommes libres. Cependant, dans cette activité intense se trouvent déjà les germes de décadence et la vie sombre de la campagne éteindra l'illumination de la ville. Avant la longue et pénible période de l'anarchie militaire brillera encore la doctrine d'Ulpien qui marque le point de l'interpénétration de l'Orient et de l'Occident dans le sein de la Pax Romana.

CHAPITRE IX

Période postclassique et temps de Justinien

§ 22

Quelques observations sur la période postclassique

1. Afin de saisir le sens du processus compliqué, dont nous tâchons d'esquisser les lignes caractéristiques, nous croyons utile de parler des esclaves colons dans ce paragraphe et d'illustrer par quelques inscriptions le récit, bien que ces inscriptions soient de la période classique dont nous avons parlé à plusieurs reprises et qui est le sujet principal du présent ouvrage.

Au début les colons étaient des cultivateurs libres qui payaient au propriétaire du fonds un cens annuel. Au commencement le colonat partiaire n'est pas encore connu, et Columelle ne le mentionne point (1). C'était déjà un pas dans la voie du progrès quand on arriva à concéder à l'esclave un lot de terre, afin qu'il le cultive à titre de colon. La condition de l'esclave-colon, encore plus que celle de l'esclave avec un

(1) V. Seeck, dans Pauly-Wissow, « Colonatus », c. 485.

pécule cum libera administratione se rapprochait de celle d'un homme libre. Il portait le titre de colon, semble-t-il, comme un titre honorifique (1).

Dans les trois inscriptions funéraires que nous citons ci-dessous, il n'y a, paraît-il d'autre raison d'ajouter l'épithète.

C. I. L. VI. 9276. D. M. | Mariame. vix an | VI ^oIaso
Colonus | fundo mariano | filiae suae | b. m.

X. 4334 D. M S | Sedato col | Campania Phronime |
patri | vix. an LIII.

X. 7957 D. M. | Proculus | colonus bixit | annis xxxv
fe | cit. uxor. bene | merenti.

C'était le plus haut degré de l'indépendance que pouvait atteindre un esclave. Parfois, mais ce n'était pas souvent, un colon pouvait être affranchi, et alors il continuait à cultiver son lot et à payer le cens à son ancien maître. La nature juridique de son lien changeait dans l'espèce, mais le résultat économique restait le même. Les deux inscriptions suivantes attestent cette éventualité :

C. I. L. VI 9273. L. Accasius. L. L. corinthus | colonus
fecit. sibi. et | Arriae. Sabinae. coniugi | suae. et Arriae.
Hedone | Matri posterisque suis.

IX. 5659 Q. Sertorius. Q. L. Antiochus | colonus.

A en juger d'après le cognomen conservé par les deux af-

(1) M. Rostovtzeff indique (« The soc. and Ec. Hist », cité p. 545, n. 15) le trait frappant que le titre colonus se rencontre sur les inscriptions funéraires étant adjoint non pas aux noms des hommes libres, mais bien aux noms des esclaves. L'éminent historien en déduit que l'esclave colon n'est point un trait commun dans l'Italie du II^e et III^e siècle. Il cite C. I. L. VI, 9276 (Iaso colonus fundo Mariano) et X, 7957 (Proculus colonus). Pourtant VI 9273 et IX 5659 contiennent les noms des colons affranchis ; VI, 9275 et IX, 588 les noms des ingeni.

franchis, l'un était un grec de Corinthe, l'autre un oriental d'Antioche (1). On appelait souvent à cette époque les esclaves d'après le lieu de leur origine. Les noms de *Marcipor* ou *Lucipor* qui indiquaient un verna étaient tombés depuis longtemps en désuétude. Par conséquent, ces originaires de provinces lointaines sont devenus les agriculteurs libres dans l'Italie.

Cependant, nous avons dépouillé les inscriptions, où le nom d'un ingenuus est suivi par le même titre.

C. I. L. VI. 9275.

D M

C. VERGILIUS. MARTA

NVS. COLONVS. AGRI. CAE

LI. AENEI. AVLENAE. CER

TAE. COLONAE. AGRI. SS. ANO

RVM. XXII. COIVGI

Un homme libre colon a posé une pierre funéraire à son épouse, et il juge utile d'y mentionner son état social et celui de son épouse, et le bien-fonds dont une parcelle lui est affectée à titre de colon. Il nous semble que la dénomination de son épouse *Aulena Certa* nous autorise à croire qu'elle est également une femme libre et qu'il s'agit d'un matrimonium et non pas d'un lien naturel. Du moins, nous avons une inscription, où il s'agit justement d'un lien naturel, et qui l'exprime en toutes lettres. Les témoignages épigraphiques de ce genre sont, le plus souvent, rédigés dans des termes exacts et permettent de juger du rapport juridique d'une façon assez nette.

(1) Cf. l'étude de l'onomastique dans Cagnat. Cours d'épigraphie latine. 2^e éd. et chez Marquardt, l. c.

C. I. L. IX, 888. D. M. S. | Ti. Statorio Ge | mino. col.
F. Pac | ciani. nomini, sanc | tissimo. animae | innocen-
tissimae | Numisia Aug. N. ser | coniugi. c v m. q. v. a.
| XIII sine quae. rell | Capriolus filius | natvralis. Pa-
tri | Karissimo | B M F.

Ce Tibère Statorius a été honoré par son épouse Numisia, une esclave d'Auguste et leur fils naturel. Nous retrouvons le même trait : une mention du bien-fonds dont un lot est affecté à ce Statorius. Le *fundum paccianum* était-il un domaine impérial ? C'est très probable. Il serait difficile d'expliquer autrement le lien de fait matrimonial établi entre cette esclave d'Auguste et le colon. Numisia devait être une des esclaves cédées de la façon mentionnée à la « Tabula alimentaria Velleias » (1).

En tous cas, la mention du colonat sur une inscription funéraire est intéressante. Il commence à apparaître comme un état stable dans l'échelle sociale. Le peu de témoignages indique, semble-t-il, plutôt que ce n'est pas souvent que les héritiers ou les proches d'un colon se permettaient le luxe d'honorer sa mémoire par une pierre résistant à l'influence destructrice du temps. Les quelques inscriptions qui révèlent ces faits, sont d'autant plus précieuses. Donc, il y a à cette époque des colons qui sont liés étroitement avec la terre, et les esclaves colons, les affranchis et les libres deviendront une masse homogène.

2. Ils sont les représentants de la campagne, menant une vie sombre et monotone à côté des villes, où des thermes, des

(1) Dessau I. L. S. 6675, XIV, que je cite d'après Rostovtzeff, l. c., n. 15 citée.

gymnases, des théâtres, des écoles sont destinées à satisfaire les désirs d'un confort presque moderne, la curiosité et le plaisir des citadins. Une vie commerciale vive et animée fournira le nécessaire. L'aspiration vers la philosophie et vers la définition des objets idéals trouvera sa satisfaction, superficielle ou profonde. Les mesures seront prises par les princes à partir d'Hadrien pour améliorer l'état des humiliores, et la campagne se rendra compte de sa misère.

La lutte entre la ville et la campagne — représentée par la soldatesque — commence après la mort de Marc Aurèle ; elle vient d'être reconstituée et illustrée avec une pénétration incomparable par M. Rostovtzeff ; cette lutte amènera l'affaiblissement de la ville et de la campagne, et ni l'un ni l'autre des adversaires n'en profitera. Les préoccupations fiscales de Diocétien, après des années d'anarchie militaire, changeront l'aspect de la Paix Romaine.

L'epistula Divorum fratrum, dont nous avons parlé dans le paragraphe précédent, et la fameuse constitution de Caracalla de 212, elles aussi étaient provoquées par des préoccupations fiscales. La première des mesures est intéressante. Il était plus avantageux pour le fisc d'avoir devant lui un affranchi-citoyen avec le ci-devant pécule — un fonds de commerce dont il percevra désormais des impôts — que de laisser le maître les percevoir à titre de *merces annua*. L'impôt sur le chiffre d'affaires n'était pas connu à Rome et le fonds de commerce du pécule administré librement par un esclave échappait complètement à l'imposition. Cependant, c'était une mesure qui favorisait l'initiative individuelle en étant avantageuse en même temps pour le fisc et pour l'esclave. C'est un trait caractéristique de la période classique.

A l'époque postclassique, le mouvement et l'intensité de la vie économique sont arrêtés par les impôts et par l'organisation de fer que surveillent les *agentes in rebus* impériaux. L'ordre règne dans la Paix Romaine, mais la bourgeoisie heureuse d'autrefois est écrasée. Il n'y a presque plus d'hommes libres. Tout le monde est « affecté » à des charges et à la place qu'il occupe. Il reste des familles prodigieusement riches. Il y a des pauvres, et les petits bourgeois écrasés par des charges publiques. Ceux qui le peuvent, cherchent à s'assurer la protection d'un *potentior*. Les esclaves artisans préfèrent rester esclaves, que d'affronter les éventualités dangereuses de la vie libre. Les esclaves de la célèbre Mélanie ont été indignés que leurs maîtres voulussent les affranchir et les exposer, de la sorte, aux avantages précaires de la liberté.

Sous ces conditions, on pourrait à peine attendre qu'une théorie nouvelle fût créée sur le *partus*, théorie si étroitement liée aux problèmes économiques et philosophiques en même temps. Nous croyons même que la règle existait (1), mais la théorie qui l'animait était tombée dans l'oubli, et personne

(1) Cf. Sentences de Paul, L. 3, T. 6, §§ 19, 20. Il est à noter que l'élaboration théorique de la règle du *partus* est une œuvre ROMAINE. Dans le livre Syro-Romain, le problème est traité de toute autre manière (V. les passages cités par Mittels « *Reichsrecht und Volksrecht* », p. 241). Nous ne pouvons attendre des juristes orientaux des développements ultérieurs dans la direction que nous venons d'indiquer. La règle locale a été remplacée par la règle romaine. Mais cette règle n'était pas étrangère à l'âme orientale. Elle l'exprimait peut-être mieux que la règle locale elle-même. Il est intéressant, en effet, que bien que l'influence orientale se fasse sentir dans la théorie d'Ulpien, cette influence n'est pas l'influence des normes du droit syrien, mais le produit de la mentalité orientale de son auteur qui se manifeste dans la matière du droit romain. C'est un des signes de l'époque-interpénétration de l'Orient et de Rome qui se fait sentir dans les profondeurs de la conscience humaine. Il ne s'agit pas des emprunts mécaniques, ni de l'adaptation en espèce des règles de droit local. C'est l'esprit humain formé à la culture orientale déjà fortement influencée par la civilisation romaine. Son développement affranchi désormais des liens locaux continuera dans le vaste domaine de l'Empire. La règle, son produit, passera intacte à la période postclassique.

ne s'intéressait plus à savoir pourquoi et comment cette règle avait été formulée par un jurisconsulte qui était tombé sous les coups de la soldatesque qu'il savait tenir dans la discipline.

Il est vrai, la vie juridique en Orient était encore intense, mais la science du droit devait gravir une route tout autre que celle qu'elle suivait. Il faut passer à la législation de Justinien pour se rendre compte quelle est la différence entre la théorie d'Ulpien que nous avons étudiée et la conception des savants juristes de la commission de Justinien, telle qu'elle se présente dans l'interpolation et dans les Institutes.

§ 23

**Etude des interpolations du fr. 4 pr. D. 22. 1. Papinianus
lib. XXVII quaest; fr. 8 eod et Fr. Vat. 65; Justinien § 37
J. De R. D. 2. 1.**

Voici le fragment de Papinien tel qu'il est présenté par M. Beseler, qui l'a trouvé profondément retouché.

(22.1) 4P Pap. 27 quaest. Si stipulatus sis « fundum quem emisti mancipio » [rem] dari vacuumque possessionem tradi, fructus postea captos actione [incerti] ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet [an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est] nam quod ad verba superiora pertinet, « alias » [sive] factum « fundi mancipandi », [rei promittendi], « alias » [sive] effectum per « mancipationem », [traditionem] dominii transferendi continent [partus non continetur] : verum si emptor a venditore [novandi animo] ita stipulatus est, factum « fundi mancipandi », [tradendi] stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba « vacuum possessionem tradi » potest dici « fructuum », [partus] quoque ratione[m] committi [incerti] stipulatione « m » « fundo tradito » [ancilla tradita] « fructus postea captos » [partum postea editum] in bonis suis reus stipulandi habere potuisset, « an idem de partu ancillae responderi possit, con-

siderandum est, si emptor stipulatus sit ancillam mancipio dari eiusque possessionem tradi, et sine dubio partus hic non continetur. Nam partus non cedit bonae fidei possessori, sed usu capione ei acquiritur ».

Les raisons de M. Beseler nous semblent très convaincantes, et nous reproduisons le fragment, sans répéter toute la série des notes dont il est suivi. A la note 4 qui est consacrée à la réfutation de l'opinion proposée par Kniep (*Vacua possessio* I, 1886, p. 9 sq) où celui-ci croit qu'il s'agit, dans le texte original, du bien-fonds aliéné avec les esclaves, nous ajouterons que Papinien aurait dit, dans l'hypothèse « *de partu ancillarum* » et non pas *ancillae*, puisqu'il s'agirait d'une universitas — un bien-fonds avec son instrumentum.

La seconde phrase « *an idem de partu... considerandum est* » interrompt la marche de la pensée.

« Le Rédacteur de Justinien, poursuit M. Beseler, traite le cas de partus (den partus-Fall) dans la forme du cas des fruits. Il laisse subsister au cas où il s'agit de fruits la première phrase seule, dont la teneur, malgré son fondement défectueux, donne une solution nette. Il applique avec peu de soin, comme un moule pour une discussion nouvelle ce que Papinien a dit plus loin à propos des fruits. Il raye, enfin, le passage que Papinien même y consacre. »

Ce qui est important sous l'angle de notre problème, ce sont les deux dernières phrases — à partir de *sed tamen* jusqu'à la fin du principium. Quel en est le sens dans la rédaction que le Digeste nous rapporte. Nous rencontrons l'expression « *partus quoque rationem committi incerti stipulatione* » — expression impossible sous la main de Papinien. La netteté de la conception est tout à fait oubliée, ou plutôt mé-

connue et mal comprise. Le mot *committi* n'aurait jamais été employé par le jurisconsulte que vis-à-vis des fruits. Or, l'élément essentiel de l'acquisition du partus est que l'on acquiert individuellement, au titre de l'usucapion. Le mot « incerti » avec stipulation accuse l'interpolation. Mais ce qui est intéressant, c'est que l'interpolation même accuse l'oubli de la théorie classique dégagée plus haut.

Si nous comparons le fr. 8 du même titre et les Fr. Vat. 65, qui sont de même provenance, nous nous rendons compte que la règle morte est reproduite par des compilateurs, puisque le raisonnement de Papinien qui git au fond de la série des dispositions, ne peut pas être reconstituée facilement. Le texte du Digeste ne reproduit pas la sentence qui illumine la pensée du jurisconsulte : *Quod si gregem reliquit*, etc.

Cela se comprend, les Institutes de Justinien citent comme le texte fondamental le passage de Gaius un peu modifié des *Rerum Cottidianarum*, c'est-à-dire le texte qui avait à la période classique une valeur purement historique :

§ 37. I. 2, 1. In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac et pilus et lana. Itaque agni et hœdi et vituli et equuli statim naturali iure dominii sunt fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet ; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit.

On a ajouté le mot « equuli », dénotant le penchant des Byzantins à énumérer toutes les variétés possibles. On a mis *naturali iure* à la place de « pleno iure », ce qui change le sens et affaiblit la netteté de l'expression technique. Mais on a omis de remplacer « videbatur » par « videtur », ce qui ne s'harmonise point avec le mot « comparavit » qui a remplacé

« comparaverit » de Gaius. Le raisonnement qui, selon toute probabilité, se rapportait à la controverse de Brutus, est reproduit en tant que la théorie moderne au VI^e siècle. Ce passage clôt la période que nous appellerions volontiers « période de l'épopée romaine », puisque ce qui est caractéristique à Rome, ce n'est point l'histoire de l'état-cité antique, mais justement l'histoire de l'Empire romain de la Pax Romana. Or, Rome s'est définitivement engagée sur la voie de l'Empire après les guerres puniques, et Justinien a fait le dernier effort romain pour rétablir la Paix troublée. C'est Byzance déjà, mais c'est encore Rome. Désormais, ce sera l'Empire oriental — l'enfant engendré par Rome et par la Grande Grèce. Sous Justinien c'est encore l'Empire Romain de l'Orient. Il est, donc, remarquable que la théorie des Institutes revienne à la controverse des *veteres*, qui avait été résolue sous l'influence de la pensée grecque, c'est-à-dire qu'elle revienne au point de départ de la période.

CONCLUSION

L'idée de la personnalité telle que nous la concevons de nos jours, n'était pas connue dans le monde antique. L'homme y est avant tout un membre de la cité. Comme citoyen il est le sujet des droits et des obligations. Quand il perd le lien avec l'état cité, il tombe dans l'esclavage. Cette considération, dit Mitteis (1), qu'un homme qui est en dehors de l'Etat, tombe dans l'esclavage est prédominante chez tous les peuples de l'antiquité qui connaissent cette institution, et ce fait est traité dans leurs droits d'une façon analogue. Donc, l'idée d'une personnalité humaine comme individualité qui se manifeste dans les différentes sphères de la vie sociale et internationale et qui reste identique à soi-même n'existe pas. Le culte religieux est le culte de l'état-cité ou le culte de l'état-empire. Quand Rome fait la conquête d'un des états voisins, elle adopte son culte, et les nouveaux dieux font leur apparition au Capitole. L'antinomie du culte et de l'état n'apparaît dans la vie d'une personne, en réalité, qu'avec le christianisme sous l'Empire Romain. Alors, l'histoire de la personnalité prend un aspect nouveau. Cette antinomie est sentie avec plus d'acuité à Rome que dans d'autres parties du monde romain et que, notamment, en Grèce. A Rome plus que partout, l'homme était un citoyen, et son individualité s'effaçait

(1) Reichsrecht und Volksrecht, p. 357.

devant ce fait qu'il était un *cives romanus*, et dans les temps plus reculés le membre d'une *gens*.

M. Gardthausen (1) fait remarquer la différence entre l'onomastique grecque et l'onomastique romaine. Tandis que le nom grec, toujours individualiste, est le produit de la fantaisie, et n'est destiné qu'à désigner un individu, le nom romain accuse une préoccupation pratique, il doit désigner surtout l'état social et civil de celui qui le porte. Les prénoms *Secundus*, *Sextus*, sont dépourvus d'autre idée que de désigner l'ordre de naissance dans une famille. Une seule partie du nom, le *cognomen*, est liée plus étroitement avec la personne de son porteur, et son usage est relativement récent. Néanmoins, une tendance à le dépersonnaliser et à l'affecter à l'usage ordinaire, s'accuse parfois très nettement. Le cognomen *Scipio*, par exemple, devient une partie du nom familial et commence à désigner une branche de la *gens Cornelia* — les *Cornelii Scipiones*. Alors, vers l'époque classique, nous commençons à observer l'accumulation de *cognomina* chez un seul personnage ; et, au milieu du deuxième siècle, sur les inscriptions apparaît encore une partie strictement personnelle — le sobriquet — le *signum*. Elle n'est nullement obligatoire, et les sénateurs, la noblesse romaine, ne daignent l'employer que rarement — c'est la partie la plus conservatrice de la société.

Cette conception de la personnalité et la netteté des doctrines juridiques qui en découlent — la théorie du *postliminium*, par exemple — sont caractéristiques pour la mentalité romaine. Au *cives romanus* — qui jouit en sa qualité de ci-

(1) *Namen und Zensus der Römer*, dans *Rheinisches Museum für Philologie*, LXXII, p. 354.

ioyen, de tous les droits compatibles avec l'ordre public romain — s'oppose l'esclave. Un homme hors d'état est par ce fait dépourvu de personnalité aux yeux de cet ordre public. La logique implacable du *ius strictum* sera atténuée dans la pratique du droit civil, et l'antinomie des principes du *ius strictum* avec l'application de ces principes et les solutions qu'on en tire, apparaît comme le trait caractéristique de la période classique.

Nulle part, dans le monde antique civilisé, la rigueur du régime servile n'était dure au point où elle l'était à Rome (1). Et nulle part l'acuité du processus ne se fait jour avec une telle intensité. Ce processus est en harmonie avec l'autre processus, qui caractérise la période classique — le développement de l'économie capitaliste et de l'activité individuelle. Tel esclave intendant impérial multimillionnaire, sera un *potentior* à l'époque postclassique. Or, les *potentiores*, c'est la survivance de la *ratio vitae* antérieure. Ici, à la période classique, le champ est libre pour faire fortune. L'action et la réaction des intérêts privés et des idées concurrentes est déclanchée à l'aube de cette période à l'intérieur de la paix romaine et sous sa garde...

Le sort du *partus ancillae* reflète la marche de certaines des tendances indiquées. Il ne faut pas confondre l'idée juridique de l'individualisation déterminée dans le fr. 68 cité et l'idée de l'individualisme dont nous venons de parler. Mais cette idée juridique dans sa portée absolue, est la conséquence de l'idée de personnalité qui se dégage dans la conscience du juriconsulte.

(1) Cf. Erman. *Servus vicarius*, § 2, p. 393 sqq., surtout p. 394, sur la douceur du régime servile égyptien.

Examiner la fortune du *partus ancillae* était un côté de l'étude. L'auteur du passage fondamental pour la période classique est Ulpien. Dégager sa personnalité et la caractéristique de son activité créatrice, était l'autre but de mes recherches. Je m'estimerais satisfait si des particularités de son œuvre que j'ai indiquées au cours de mon travail, suggéraient l'explication d'autres problèmes qui y sont liés. Il est impossible, paraît-il, de se prononcer au sujet de sa biographie, dans l'état actuel des sources ; et, cependant, Ulpien apparaît comme une figure qui représente la période dans son épanouissement là où elle touche à sa fin, là où elle va s'écrouler comme Ulpien, lui-même, sous les coups de la soldatesque.

Je songe à cette phrase que nous répètent deux fois les fragments du Digeste (1) : *Nuptias non concubitus sed consensus facit*. Elle est répétée deux fois par Ulpien lui-même. C'est qu'il insiste sur cette idée. Je crois qu'elle lui est propre. Et c'est une idée classique. Nous verrons dans quel sens. Le droit romain antique connaît une autre conception du mariage. Le commentaire de Gaius l'énonce : *farreo, coemptiione, usu*. Dans les deux premiers apparaît l'idée du *consensus*, mais de qui ? du mari et du *pater* de la future épouse. Les *sponsalia* du Latium, chez Aulu Gelle l'attestent, semble-t-il. Dans le dernier cas, c'est justement la cohabitation des époux — le *concubitus*. Qu'est-ce que signifie la phrase d'Ulpien ? Le contraire. Le consentement fait le mariage ; mais le consentement de qui ? Des futurs époux évidemment. Du mari

(1) Fr. 45 D. 35, 1, *Ulpianus libro TRIGESIMO QUINTO ad Sabinum*, fr. 30 D. 50, 17, *Ulpianus libro TRIGESIMO SEXTO ad Sabinum*. Lenel Pal. les répète respectivement : 2797 et 2823. Il accompagne 2797 d'une note *Nil est quod mireris hoc proverbium alto loco repeti. Cave igitur mutes inscriptionem* (50, 17), 30, *quae fragmentorum serie confirmatur*.

et de la femme — puisque la phrase envisage les mêmes parties pour le *concubitus*. La personne de la femme apparaît dans le droit sous son nouveau jour. Son individualité se manifeste d'une façon inconnue du droit antique. Une influence orientale se fait jour dans cette définition. Le juriste qui l'a formulée devait concevoir l'être humain d'une façon particulière et subtile. La différence de sexe s'efface dans cette conception devant une idée pure de personnalité. L'expérience spirituelle de l'Orient semble suggérer l'idée qui a inspiré au jurisconsulte la formule nette et sèche de cette sentence. Cependant, l'Orient n'avait jamais de penchant à considérer une femme de façon égale à l'homme. Que cette idée se retrouve dans la sentence, relève de l'influence romaine. Et c'est ici que nous retrouvons encore un trait particulier de la période classique, l'interpénétration de l'Orient et de Rome. Et non seulement de l'Orient hellénique, mais de l'Orient sémitique aussi atténué par le christianisme. CETTE ÉGALITÉ DE VOLONTÉS DES ÉPOUX POUR L'ACCOMPLISSEMENT DU MARIAGE ET LA PRÉPONDÉRANCE DE L'ACTE SPIRITUEL SUR L'ACTE CHARNEL QUI N'EST QUE SA CONSÉQUENCE ET NON PAS SA CAUSE, SONT PROFONDÉMENT CHRÉTIENNES. L'ORIENT NE LES CONNAIT PAS PARCE QU'IL IGNORE LA PERSONNALITÉ DE LA FEMME. L'OCCIDENT NE LES CONNAIT PAS PARCE QU'IL S'OCCUPE DES AFFAIRES DE L'ÉTAT ET NON PAS DE L'EXPÉRIENCE INDIVIDUELLE. Les précurseurs de l'idée de personnalité humaine étaient — selon Eduard Meyer (1) — ces prophètes de Judée, dont le nom s'est conservé avec leurs œuvres à travers les siècles — ces prophètes qui pleuraient sous les murs détruits de Jérusalem, et qui prédisaient la venue du Messie. Les Occidentaux assimileront l'évangile mieux

(1) Kleine Schriften.

que les descendants des prophètes. L'influence chrétienne sur les régimes matrimoniaux des barbares — la thèse que M. LeFebvre a soutenue avec une telle force — n'est que la suite du développement de l'idée dont le germe git dans la période classique.

M. Collinet, dans le premier volume de ses « Etudes », dégage le caractère oriental de la législation de Justinien. Les développements que nous y rencontrons ne laissent pas de doutes sur la solidité de cette thèse. Je me permets de citer aussi un article de Rotondi (1), sur la *Natura contractus*, où l'auteur dégage les interpolations dans les textes où cette expression se rencontre. J'ai été frappé par ce fait que les auteurs des dits fragments sont presque exclusivement les syriens — Papinien et Ulpien, surtout Ulpien. Le nom de Paul, qui subit l'influence d'Ulpien (2), se rencontre aussi. Le nom de Julien, une ou deux fois seulement.

Peut-être objectera-t-on : c'est parce que les fragments d'Ulpien abondent au Digeste, plus que ceux de ses collègues. Je crois que la cause de ces deux faits est la même. Aussi c'est la cause de son succès en Orient — en Orient chrétien, il faut le remarquer. Si, en réalité, l'expression la *natura contractus* est byzantine — cette idée est pressentie par Ulpien. Sa mentalité se rapproche de la mentalité des juristes-philosophes byzantins. L'idée de la *condictio generalis* byzantine se trouve en germe chez Ulpien. Où faut-il chercher cette tendance à généraliser propre aux byzantins ? Généraliser, trouver une expression pour une idée générale et concevoir

(1) « La natura contractus » dans Bull. del Ist. di Diritto Romano, T. XXIV, 1911.

(2) Cf. les développements de Kalb, dans Juristenlatein, 2 éd. 1888, sur les pages consacrées à ces deux jurisconsultes.

l'individualité d'un homme, ce sont deux aspects du même acte psychique. Les deux conceptions sont de même nature psychologique. Elles relèvent de la même mentalité. L'idée de l'âme individuelle a été conçue dans le conflit de l'être humain qui, restant identique à soi-même, se sent à la fois le membre de l'Etat et le participant d'un culte qui ne relève pas de l'Etat — le conflit qui est apparu dans la *Pax romana* avec le christianisme.

Praecepta iuris sunt haec honeste vivere alterum non laedere. Le troisième *praeceptum iuris* que donne Ulpien — qui renferme toute une doctrine — SUUM CUIQUE TRIBUERE, a une affinité non superficielle avec les paroles qui expriment le principe fondamental du Droit : REDDITE, ERGO, QUAE SUNT CAESARIS, CAESARI ET QUAE SUNT DEI DEO.

Vu : Le Doyen,

Vu : Le Président de Thèse,

A. BERTHÉLEMY.

P. COLLINET.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — **Précis de Droit Romain**, Paris, 1886-1891.
- ALES (Abbé d'). — **Théologie de Tertullien**, Paris, 1905.
- APPLETON. — **Histoire de la Propriété prétorienne et de l'action publicienne**, Paris, 1889.
- ARANGIO-RUIZ. — **Istituzioni di Diritto Romano**, 2^e éd., 1927.
- ARNDT. — **Lehrbuch der Pandekten**.
- ALLARD (P.). — **Une grande fortune romaine au V^e siècle**, dans la Revue des questions hist., 1907. LXXXI.
- BACHOFEN. — **Das Mutterrecht eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur**, Stuttgart, 1861.
- BARDENHEWER. — **Geschichte der altkirchlichen Litteratur**, Freiburg, 1914.
- BARON. — **Pandekten**.
- BESELER. — **Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen**, Leipzig, 1908-1911.
- BLUMNER. — **Die Römische Privaltertümer**, dans Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft. I. v. Müller 1911, vol. IV, pars 2 sec. 2.
- BRINI. — **La Sentenza di Brutto sul partus ancillæ**, dans Memorie della R. Acc. del Istit. di Bologna, 1910.
- BRINZ. — **Pandekten**.
- BUCKLAND. — **The Roman Law of Slavery**, Cambridge, 1908.
- BUCKLAND. — **A Textbook of Roman Law**, Cambridge, 1921.
- CAGNAT. — **Cours d'épigraphie latine**, 4^e éd., 1914.
- CHTCHERBATSKOI. — **Système de logique de Darmakirti** (en russe).
- COLLINET (Paul). — **Etudes historiques sur le Droit de Justinien**. Tome I. Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien, Paris, 1912.

- COLLINET (Paul). — **Etudes**. Tome II. **Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth**. Paris, 1925.
- COLLINET (Paul). — **Contributions**, dans N. Revue Hist. de Droit, 1910.
- COLLINET (Paul). — **Les nouveaux fragments de Gaius**, dans N. Revue Hist. de Droit, 1923.
- COSTA. — **La filosofia greca nella giurisprudenza Romana**. Pavia, 1892.
- COSTA. — **Papiniano**. Bologna, 1896.
- COSTA. — **Storia del diritto romano privato**, Torino, 1925.
- CUQ. — **Les institutions juridiques romaines**, 1891.
- CZYLARZ. — **Institutionen**.
- DERNBURG. — **Pandekten**.
- DERNBURG. — **Pandekten**, Berlin, 1894.
- DESSAU. — **Inscriptiones Latinæ Selectæ**.
- DRUMANN. — **Geschichte Roms in seinem Uebergange**.
- EISELE. — **Beiträge zur Erkenntnis der Digesten interpolationen**, dans Zeitschrift der Savigny Stiftung, 1889. sq.
- EISELE. — **Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex**, dans Zeitschr. d. Sav. Stif., 1886. 1 Heft.
- EFFIMOFF. — **L'énigme des fruits en Droit Romain**, dans N. Revue Hist. de Droit. Mars-Avril 1899.
- ERMAN. — **Servus vicarius**, dans Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Exposition nation. suisse. Genève, 1896.
- FITTING. — **Alter und Folge**. Halle, 1908.
- GARDTHAUSEN. — **Namen und Zensus der Römer**, dans Rheinisches Museum für Philologie. LXXII.
- GELZER. — **Die Nobilität der Kaiserzeit**, dans Hermes, 1915.
- GIRARD. — **Manuel**, 7^e éd.
- GIRARD. — **Textes de Droit Romain**, 1923.
- GOPPERT. — **Ueber die organische Erzeugnisse**. Halle, 1869.
- GRADENWITZ. — **Interpolationen in den Pandekten, kritische Studien**. Berlin, 1887.

- GRADENWITZ. — **Interpólationen in den Pandekten**, dans Zeitschrift der Sav. Stift. 1886. 1 Heft. p. 54 sq.
- GREVS. — **Essai sur l'histoire de la propriété foncière à Rome**. St. Petersbourg, 1899 (en russe).
- HARNACK. — **Texten und Untersuchungen**. VIII, 4.
- HARNACK. — **Chronologie der altchristlichen Litteratur**, Leipzig, 1897-1904.
- HEIMBACH. — **Lehre von der Frucht**.
- HEITLAND. — **Agricola. Study of agricultural life of the Roman Empire**. Cambridge, 1921.
- HEUMAN-SECKEL. — **Handlexicon zu den Quellen des Römischen Rechts**. 7^{te} Aufl. Iéna, 1907.
- HOLDER. — **Pandekten**.
- HUVELIN. — **Etudes sur le Furtum**, t. I. Lyon, 1915.
- JORS. — **Domitius Ulpianus**, dans Pauly Wissowa. 1905.
- JORS. — **Römisches Recht**, dans Birkmeyers Encyclopädie.
- KALB. — **Das Juristenlatein**. 2^e éd., 1888.
- KALB. — **Roms Juristen**, Leipzig, 1890.
- KALINKA. — **Digestenkritik und Philologie**, dans Zeitschr. d. Sav. Stift. 1927.
- KARLOWA. — **Römische Rechtsgeschichte**, 1885.
- KORNEMANN. — **Domänen**, dans Pauly Wissowa. Suppl. T. IV.
- KRUEGER. — **Geschichte der Quellen**.
- LABRIOLLE (de). — **Tertullien jurisconsulte**, dans Nouv. Revue Hist. de Dr. 1906
- LENEL. — **Palingenesia**.
- LIEBENAM (W.). — **Stadiverwaltung im Römischen Kaiserreiche**, 1908.
- LOFSTEDT (Einar). — **Zur Sprache Tertulians**, dans Lunds Universitets Arsskrift. 1920. N. F. 1. Bd. 16 N 2.
- MARQUARDT. — **Handbuch der römischen Alterthümer**, 2^e éd.
- MEYER (Eduard). — **Kleine Schriftten**. Halle, 1910.
- MEYER (H.). — **Geschichte der Lehre von den Keimkräften**. Bonn, 1914.

- MITTELS (Ludwig). — **Reichsrecht und Volkerecht in den Ostprovinzen des Römischen Kaiserreichs.**
- MOMMSEN. — **Juristische Schriften.**
- MONCEAUX. — **Histoire littéraire de l'Afrique chrétienne.**
- NORDEN. — **Die antike Kunstprosa.**
- NORDEN. — **Apuleius von Madaura und das Römische Recht.** Leipzig, 1912.
- OEHLER. — **Tertulliani omnia quæ supersunt.**
- PERNICE (Alfred). — **Marcus Antistius Labeo.** Halle, 1873.
- PERNICE (Alfred). — **Ulpian als Schriftsteller,** dans *Sitzungsberichte d. Academie.* Berlin, 1885.
- PETRAZICKI (Leo von). — **Die Lehre vom Einkommen.**
- PETRAZICKI. — **Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten.**
- POLLAC. — « **Equi** », dans *Pauly Wissowa*, VI.
- RAMPOLA. — **Santa Melania Giuniore senatrice romana.** Roma, 1905.
- RECHNITZ (Wilhelm). — **Studien zu Salvius Julianus.** Weimar, 1925.
- RICE HOLMES. — **The Roman Republic and The Founder of The Empire,** 1923.
- ROBY. — **De usufructu Justiniani Digest. lib. VII, tit. 1.** Cambridge, 1886.
- ROBY. — **Handbook of Roman Law.**
- ROSTOVZEV. — **The Social and Economic History of The Roman Empire.** Oxford, 1926.
- ROTONDI. — **La Natura contractus,** dans *Bul. d. Istituto di diritto romano.* T. XXIV, 1911.
- SAVIGNY. — **System des Römischen Rechts.**
- SCHULZ. — **Sabinus Fragmente in Ulpianus Sabinus Commentar.** Halle, 1906.
- SEECK. — « **Colonatus** », dans *Pauly Wissowa.*
- SOKOLOWSKI (Paul von). — **Philosophie im Privatrechte.**

SOLTAU. — **Humanität und Christentum in ihren Beziehungen zur Sklaverei**, dans *Neue Jahrbücher f. d. Klassische Alterthum*, 1908.

TEEUVEN. — **Sprachlicher Bedeutungswandel bei Tertullian. Ein Beitrag zum Studium der Christlichen Sondersprache**. Paderborn, 1926.

TENNEY FRANK. — **An economic history of Rome**. Baltimore, 1920.

TIGERSTROM. — **Bonae fidei possessio**.

VAGLIERI, dans *Notizie degli scavi di Antichità*, 1899. **Compte rendu sur le fragment de l'inscription retrouvé à la Via Portuensis**, p. 412 sq.

VINOGRADOFF (Sir Paul). — **Outlines of Historical Jurisprudence**. T. I. Oxford, 1920.

VISSCHER (Fernand de). — **La Condictio**. Gand, 1925.

WINDSCHEID. — **Lehrbuch des Pandektenrechts**.

TABLE DES SOURCES

SOURCES LITTÉRAIRES

- Aristoteles. Politica. I, 8 : 44.
- Athenaeus. Deipnosophistae. L. III, e. 18 r, R, 36 ; L. VI, c. 3 ;
L. IX c. 14 : 76.
- Aulus. Gellius. Noe. Att. 4, 2 : p. 89.
Noe Att. 11, 18, 13 : 162².
- CICERO. de fin. 1.4.12 : p. 21, 30, 39.
de fin. 2, 20 : p. 45.
de nat. deor. 2, 14, 37 : p. 47, 225.
de nat. deor. 2, 62 : p. 45.
de off. 1, 7 : p. 45.
de rep. 5, 3, 5 : p. 106.
in Pison. 27, 67 : p. 105.
- Columella. r. r. 1, 8, 9 : p. 42, 108¹.
- Eusebius. Hist. Eccles. II, 2, 4 : p. 202², 203¹.
- Laetantius. De inst. div. 5, 11 : p. 211.
- Malalas. Chronographia. L. XVIII an. 529 : 172¹
- St. Hieronimus. Advers. Iovianum. I, 13 : p. 208. .
De vir. inlustr. 13 : p. 206².
- St. Paulus Ad Corinth. Prima e. 15 : p. 215.
Ad Hebr. XI, 35 : p. 215.
- Seneca. De benef. 7, 10, 5 : p. 92⁴.
Natur quaest. 3, 29, 3 : p. 213.
- Script. Hist. Aug.
- Aelius Lampridius. Alexander Severus. e. 28 : p. 75.
Alexander Severus. e. 34 : p. 74.
- Aelius Spartianus. Pescennius Niger. e. 7 : p. 13, 73.
- Tertullianus. Apolog. I, 147 (Oehler) . p. 153, 213.
De cultu femin. I, 7 : p. 208.
- Titus Livius. 29, 16, § 3 : p. 231.

Varro. de r. r. 1, 17, 5 : p. 243.
 2, 1 : p. 93^a, 222.
 2, 1, 26 : p. 107.
 2, 10, 5 : p. 147^a.
 2, 10, 6 : p. 42.
 2, 10, 15 : p. 246.

Vegetius Renatus (Q.) Ars Mulomedicinae : p. 58^a.

SOURCES JURIDIQUES

Gaius. 1, 84 : p. 97.
 1, 91 : p. 97.

Paulus Sententiae. III, 6, 19-20 : p. 256^a.

Giberius Alexander (Edict. pref. Eg.) : p. 13.

Ulpianus. Regulae. 24, 30 : p. 141.
 24, 31 : p. 138.

Vat. Fr. 60 : p. 69.

Vat. Fr. 65 : p. 121.

Vat. Fr. 75 : p. 69.

Vat. Fr. 77 : p. 69.

Vat. Fr. 83 : p. 69.

Just. Inst. 2, 1, 37 : p. 239.

Digesta			Digesta.		
(1, 1)	4	: 31 ^a .	53	:	219, 228.
(1, 5)	12	: 153.	54	:	219, 228.
	26	: 156.	68	:	21, 24, 29, 40, 44.
(4, 4)	3,5	: 100.		:	46, 61, 68 sq, 104.
(5, 3)	27, pr.	: 21, 24, 31, 34, 61,		:	129 ^a , 224, 227.
		67, 95, 119, 120,	69	:	78.
		129 ^a .	70	:	78.
(6, 1)	1,3	: 84, 85,	70,3	:	84.
	44	: 161.	(7, 2)	1,2	: 69.
(6, 2)	11,2	: 173.		1,3	: 69.
	11,2-5	: 196, 196.		3,2	: 69.
	11,4	: 183.	(7, 7)	3	: 32.
	11,5	: 156.		4	: 32.
(7, 1)	1,2	: 69.	(9, 2)	2,2	: 88.
	9,4	: 79.	(11, 4)	1,1	: 219.

	Digesta
	1,5 : 132, 217.
(12, 6)	11 : 249.
(13, 3)	2 : 162 ² .
(13, 7)	18,2 : 81 ¹ .
	29,1 : 81 ¹ .
(14, 4)	1, pr. : 246.
	1,1 : 246.
(15, 1)	5,3 : 240.
	5,4 : 240.
	6 : 241.
	7,1 : 242 ² .
	13 : 249.
	15, pr. : 249.
	19, pr. : 242.
	50,2 : 248.
(16, 3)	27 : 97.
(18, 2)	13, pr. : 69.
(20, 1)	13, pr. : 86.
(21, 1)	7,14 : 218.
	25,2 : 94.
	38,7 : 51 ¹ .
(22, 1)	4, pr. : 257.
	4,19 : 160.
	8 : 257.
	14 : 129 ¹ , 130.
	14,1 : 130.
	25, pr. 1 : 36, 161.
(22, 1)	28 : 30, 44, 129 ¹ , 223.
	28,1 : 21.
	39 : 123 ¹ .
	49 : 228.
(23, 3)	7,1 : 62.
	10,3-4 : 125.
	39 : 99.
	67 : 98.
	75 : 100 ¹ .
(23, 4)	4 : 63.
(24, 3)	7,1 : 128 ² .
	7,2 : 128 ² .
	7,15 : 161.
	8,1 : 127 ¹ .
	31,4 : 50, 55, 91, 140.

	Digesta
	66 : 133.
	66,4 : 135 ¹ .
(25, 3)	4 : 153.
(25, 4)	1,1 : 152.
(28, 1)	20,7 : 31 ¹ .
(29, 2)	30,6 : 154.
(30)	21 : 95.
	22 : 86.
	39,1 : 147.
	84,10 : 155, 177.
(31)	6 : 85.
	48, pr. : 129 ¹ , 139.
(32)	41,2 : 101.
	41,10 : 130, 141.
	79, pr. : 95.
(33, 5)	21 : 129 ¹ , 142.
(33, 7)	8 : 112.
	9 : 111.
	12, pr. : 112, 115.
	12,3 : 110.
	12,5 : 113 ¹ .
	12,6 : 113.
	12,7 : 96, 101.
	12,8 : 110.
	12,33 : 96, 101.
	12,44 : 109.
	13, pr. : 110.
	13,1 : 109.
	18,11 : 108.
	19,1 : 110.
(33, 8)	8,5 : 247 ² .
(35, 1)	15 : 264 ¹ .
(35, 2)	1, pr. : 94 ² .
	9,1 : 152, 153 ² .
	24 : 144.
(36, 1)	60,4 : 25, 121, 125.
(37, 9)	1,15 : 153.
(37, 10)	1,11 : 153.
(39, 5)	19,4 : 250.
(40, 1)	4 : 247.
	4,1 : 245.
(41, 1)	7,13 : 36 ¹ .

Digesta		Digesta	
	9, pr. : 36 ¹ .	(47, 2)	25 : 161.
	26,2 : 36 ¹ .	(47, 2)	48,5-6 : 151, 158 , 183.
	28 : 209 .		60 : 157 ² , 218.
(41, 1)	66 : 41 ¹ .	(47, 8)	2,14 : 94.
(41, 3)	3,2 : 86.	(49, 17)	4, pr. : 207.
	4,15-16 : 173 .	(50, 16)	26 : 187.
	4,17-18 : 175 .		40,3 : 94.
	4,20 : 157 ² .		96 : 94 ³ .
	10,2 : 165 ³ , 186 .		178, pr. : 94 ³ .
	33 : 177 , 218.		195 : 94 .
	44, : 174 ¹ 183 .		222 : 94 ³ .
(41, 1)	9 : 174.	(50, 17)	21 : 81 ² .
	10 : 174.		30 : 264 ¹ .
(41, 10)	2 : 168, 179 .		32 : 31 ¹ .
	4, pr. : 168, 170 .	Just. Cod.	1,1 : 173.
(43, 16)	1,16 : 94.		1,9 : 13.
(44, 7)	14 : 250.		

SOURCES EPIGRAPHIQUES

Bruns, Fontes, Lex agraria, 66 : 232.

C. I. L. VI.	1527 : 238.	C. I. L. VIII.	13434 : 101.
	3954 : 106 ² .	IX,	888 : 252 ² ; 254 .
	3955 : 106 ² .		5659 : 252.
	9118 : 101.	X,	4334 : 252.
	9261 : 106 ² .		7957 : 252.
	9262 : 106 ² .	XI,	4840 : 96.
	9263 : 106.		8676 : 96.
	9273 : 252 ² .	XI, 2,	6078 : 101.
	9275 : 252 ² , 253.	Dessau. I. L. S.	6675; XIV : 254.
	9276 : 252 ² .		7812 : 245.
	9499 : 101.		8393 : 234.
	17244 : 96.		

Mem. dei Lincei	1884. inscr. Roma	: 96.
	1886. inscr. Sulmona	: 101.
Notiz. d. Sc. d. Ant.	1887 p. 77	: 101.
	1887 Via Portuens.	: 234.
	1909 p. 459.	: 101.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

- Actio** : (de pecul'o) 242; (publi-
 ciana) 196 sq; (quanti mi-
 noris) 218; (redhibitoria) 218;
 (tributoria) 246.
Aelius Lampridius : 74.
Aelius Spartien : 74.
Aestimatio : 127; 133; 134.
Agobardinus : 210 n. 2.
Agrigente : 189.
Agronomes : 118.
Alluvio : 54; 80.
Ancillae : 120.
Anima : 157, 214.
Annone : 74.
Antonin le Pieux : 103.
Antonius : 72; 228; 238.
Aperception : 18.
Apulée : 92 n. 1; 105 n. 2.
Aristote : 44.
Armentum : 51, 54, 84.
Auguste : 191, 237.
Athénée : 75.
Atticus (Pomponius) : 105 n. 1;
 239.
Aulu Gelle : 89.
Bhagavat-Gita : 225 n. 1.
Brutus : 30; 48; 68; 69 sq; 164;
 221 sq; 259.
Bona fides : 168 sq.
Byzantin : (historiens) 72; (expres-
 sion) 196;
Byzantins : 259.
Capital : 62 sq; 107; 119; 232; 236
Capitole : 261.
Caracalla : 74; 195; 255.
Carthage : 202; 208; 232.
Cassius : 61.
Caton l'ancien : 106 n. 1; 233.
Celse : 68; 241.
Chrétienne : (influence) 154; 265;
 (doctrine) 200 sq.
Christianisme : 265.
Cibaria : 116.
Cicéron : 30, 39, 45, 48.
Cincinnatus : 230.
Claudien (selte) : 97.
Coalescere : 36.
Cocus : 105; 106.
Cognomen : 262.
Collibertus : 101.
Colonus (servus) : 109 n. 2; 110;
 243 n. 2; 251 sq.
Columelle : 233.
Concubitus : 264.
Coniux : 101.
Cosensus : 264.
Conserva : 96; 117.
Contubernium : 96.
Commode : 74; 219.
Crémone : 239.
Cursus honorum : 234.
Darmakirti : 17; 18; 225.
Deipnosophistae : 75.
Delicati : 105.
Democrite : 76.
Denuntiatio : 97.
Dion Cassius : 74.
Dispensator : 106.
Donum fortunae : 35.
Dos : 62; 98.
Ediles : 217.
Editio : 153 sq; 160.
Elagabale : 139 n. 1.
Equuli : 259.
Equus circensis : 58.

- Etique : (motif) : 38; 52.
 Eusèbe de Césarée : 203; 206.
 Falcidia : (quarta) 145 sq.
 Familia : 41; 52; 91 sq; 104; 234
 sq; (rustica) 104; 106 sq (ur-
 bana) 104 sq.
 Famille naturelle : 96 sq.
 Fetus : 82; 121 sq; (secundus) 122
 sq.
 Florentine : 186.
 Focaria : 114.
 Fructus : 31; 34; 54; 62 sq; 104;
 116; 127; 145 sq; 161; 224 sq.
 227; 229 sq; 234 sq; (exstan-
 tes) 117; (hereditatis) 127 sq.
 Frug : 221.
 Frui : 34; 36.
 Fullones : 114.
 Fundus : 65; 107.
 Fugitivus : 217 sq.
 Furtivité : 151 sq.
 Furtum : 168.
 Gaius : 21; 223; 259; 264.
 Gaius Cælius Isidore : 92 n. 4.
 Geta : 196.
 Gracques : 232.
 Grèce : 260; 261.
 Gregatim haberi : 85.
 Grex : 84; 226; (renovatio) 86;
 (summissio) 118.
 Hadrien : 103; 255.
 Hadrumète : 73.
 Hauptnutzen : 54.
 Hélieniques : (tombes) 189.
 Hélienisme : 72 n. 2; 148.
 Humiliores : 238; 255.
 Humilis amicus : 88.
 Interpolations : 12; 172 sq; 257 sq.
 Io : 189.
 Individualité : 265.
 Instrumentum : 96; 108; 111 sq;
 136.
 Insula in flum. nata : 54; 80.
 Intueri : 18.
 Iumentum : 51; 54.
 Ius conubii : 96.
 Ius naturale : 47.
 Javolenus : 133 228.
 Julien : 73; 91; 140; 155; 169;
 174; 177; 178; 189; 192.
 Justinien : 173; 258 sq.
 Labeon : 69; 133; 219; 240.
 Lactance : 204 n. 2; 211.
 Lanificæ : 114.
 Latifundia : 92.
 Legs : (de partus) 81; (du trou-
 peau) 95; (d'une familia) 95;
 (de conserva) 96.
 Lesio maiestatis : 211; 212.
 Lex : (Aelia sentia) 191; 238;
 (Aquila) 88; (Atinia) 157;
 168; 169; 177; 178; (XII tab)
 93; 177; (Falceidia) 145; (Fu-
 fia Caninia) 191; 238; (Iulia)
 69; (Iulia de adult.) 69.
 Lex : (Papia) 69; (Papia Poppæ)
 138; (Valentin. III) 202; a
 libellis : 74.
 Libera administratio : 240 sq.
 Libri ad Sabinum : 68 sq; 78; 87.
 Libri tres iur. eiv. : 223.
 Licinnus Lucusta : 134.
 Limes Romanus : 191.
 Litis contestatio : 50.
 Logos spermatikos : 213.
 Lucrèce : 45.
 Lucrum : 54; 67; 81; 122.
 Magistri operum : 106; 243.
 Magna Mater : 155; 178; 189.
 Mala fides superven. : 171; 193.
 Malalas : 168; 172.
 Mancipia : 135.
 Manius manilius : 20; 221 sq.
 Manou : 225 n. 1.
 Marc Aurèle : 208; 219; 255.
 Marcellus : 64; 189.

- Maritus : 101.
 Mauricianus : 69.
 Mélanie (Sté) 92 n. 1.
 Mercés annua : 244; 245; 255.
 Méthode : 11; 12 sq; 17 sq.
 Mètre : 70.
 Modestin : 148.
 Monuments : 10.
 Natus : 152 sq.
 Nebenutzen : 54.
 Neratius : 136 sq.
 Nummi : 234.
 Nuptiae : 62; 264.
 Nyaya : 225 n. 1.
 Onera matrimonii : 148.
 Onomastique : 12; 262.
 Orient : (provinces d') 72 n. 2;
 (Empire de l') 260.
 Pactum de libertate : 247.
 Pandectes : 202; (droit mod. de)
 33; 43.
 Papinien : 25; 74; 121 sq; 135;
 136 sq; 181; 183 sq; 193; 195.
 Parallelisme : 82.
 Partus : 152 sq; (ancillarum) 139;
 (ex partu) 120; 199.
 Patandjali : 225 n. 1.
 Paul : 114; 129; 136 sq; 179 sq;
 193.
 Pécule : 240 sq.
 Pecunia : 93.
 Pecus : 93.
 Perception : 18.
 Periculum : 133.
 Période : 149; 219; 260.
 Périodicité : 50; 55; 67; 91.
 Peripathéticienne (doctrine) : 45.
 Pescennius Niger : 13 n. 2; 73.
 Pétrone : 92 n. 4, n. 5.
 Pherné : 125.
 Pignus : 81 n. 1; 228.
 Phures : 85.
 Pomponius : 68.
 Portique : 213.
 Portuensis (via) : 228.
 Postliminium : 186; 193; 263.
 Potentior : 256; 263.
 Proculus : 98 sq; 134 sq.
 Pro emptore : 178; 182; 192.
 Pro possessore : 182.
 Pro suo : 179 sq.
 Pudentilla : 92 n. 1.
 Puniques (guerres) 91; 230 sq.
 Qualitas : 118.
 Quantitas : 118; 128.
 Quasi-dos : 98.
 Rationes seminales : 212 sq.
 Ratio separata : 240 sq.
 Receptio : 11.
 Reditus : 65.
 Règle : 15; 16; 177; (partus) 21;
 24.
 Res corporales : 100.
 Res habilis : 216.
 Res quae numero... : 86.
 Ressurrectio : 214 sq.
 Reus : (promittendi) 248; (stipu-
 landi) 250.
 Romantisme : 52.
 Sabinus : 61.
 St. Augustin : 214.
 St. Jean : 15.
 St. Jérôme : 201; 206 n. 3; 208.
 St. Paul : 215.
 Salva substantia : 45; 67; 119.
 Scaevola (Q. Cervidius) : 101 sq;
 141 sq; 189; 192.
 Scaevola (P. Mucius) : 30; 69; 221
 sq.
 Scriba cocorum : 106 n. 2.
 Senat : 72.
 Sénèque : 88.
 Separatio : 151; 162.
 Servius : 113.
 Servus (arte fabrica peritus) : 110;
 118.

- Severe (Alexandre) : 74.
 Severe (Septime) : 74 ; 207.
 Signum : 262.
 Sors : 66 n. 1.
 Sponsalia : 264.
 Stoa : 223.
 Stoïcienne (doctrine) 44 ; 48.
 Structor : 105.
 Style : 12 ; (de Tertullien) 265.
 Subreptio : 168 sq.
 Sui nummi : 245 ; 247.
 Supra (cocos etc.) : 106.
 Syrie : 76.
 Syrien : 74 ; (culte) 155.
 Syro-Romain (livre) : 256 n. 1.
 Tabula alimentaria Velleias : 254.
 Tertullien : 153 sq ; 195 sq ; 200 sq ;
 (style de) 265.
 Théorie : 16 ; 177 ; (de l'histoire)
 9 sq ; 12 sq.
 Thesaurus : 54.
 Tibère Alexandre : 13 n. 2.
 Titulus servorum : 89.
 Tonsores : 114.
 Tribonien : 22.
 Triclinarcha : 105.
 Trientabulum : 231 ; 232.
 Triphoninus : 12 ; 13 ; 148.
 Turiae laudatio : 228 ; 234 sq.
 Ulpian : 7 ; 21 sq ; 46 ; 48 ; 61 ; 68 ;
 71 sq ; 98 sq ; 103 ; 112 ; 129 ;
 135 ; 136 sq ; 154 sq ; 169 ; 178 ;
 193 ; 195 sq ; 199 ; 211 ; 264.
 Ulpian sophiste : 75.
 Universitas : 48 ; 84 ; 132.
 Upanishad : 17 n. 1.
 Usucapion : 170 sq ; (initium)
 176 ; 182 ; (causa) 176 sq ; 184.
 Usurae : 65 ; 66 n. 1.
 Uxor : 96.
 Vaïchechika : 225 n. 1.
 Valère Maxime : 230.
 Valerius Laevinus (M.) : 231.
 Varron : 222 ; 233.
 Vaticanus (codex) : 88 n. 1.
 Vegèce (Q. Renatus) 58 n. 4.
 (Fl. Renatus) : 58 n. 4.
 Verna : 91 ; 232 ; 237.
 Veteres : 68 ; 70 ; 260.
 Vicarius : 242.
 Vilicus : 106 ; 243.
 Weltanschauung : 15 ; 16.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE..	7
INTRODUCTION	9

§ 1. — Observations théoriques

Conception de l'étude historique. Quelques observations sur la théorie générale de l'histoire. La théorie générale et la méthodologie par rapport à la connaissance historique. L'étude historique de droit et son triple objet	9
--	---

§ 2. — Observations méthodologiques

L'intuition étant la source immédiate de la connaissance historique, la méthode ne sert qu'à préciser et élaborer ses données. L'ordre chronologique et idéologique de l'exposé. Plan et méthode de la présente étude	17
--	----

CHAPITRE PREMIER

Littérature romaniste sur la règle « partus in fructu non est »

§ 3. — Les textes contenant la règle. Observations préalables sur la littérature.. . . .	29
§ 4. — Les auteurs qui se basent sur le fr. 27 pr. D. De H. P. 5. 3. Ulpianus lib. XV ad Ed.	34
§ 5. — Théorie de l'influence de la philosophie sur la règle, fr. 68 D. de usufr. 7,1. Ulpianus lib. XVII ad Sab. et fr. 28 D. de us. et fr. 21,1. Gaius lib. I Rer. cot... ..	44
§ 6. — Théorie de M. Petrazicki, fr. 31, § 4 D. s. m. 24,3. Julianus lib. XVIII Dig..	50

PREMIERE PARTIE

ULPIEN ET LES SOURCES DE LA PÉRIODE CLASSIQUE

CHAPITRE II

Construction juridique de la règle par Ulpien

§ 7. — Caractère des généralisations théoriques d'Ulpien. Rapport entre les conceptions du « partus » et du « fructus ». Signification technique du fructus chez Ulpien. Son intuition de la théorie	61
---	----

- § 8. — Structure du fr. 68 cité. Evaluation des éléments constitutifs du fragment au point de vue de sa homogénéité. Ulpien et les textes de ses prédécesseurs. Observations sur la critique de M. Alfred Pernice dans les « Sitzungsberichte » de l'Académie de Berlin. Composition du fragment. Parallélisme dans le principium et les paragraphes. Dépendance inverse logique et dogmatique. Notion de *Renovatio gregis*. *Capacitas gregatim haberi*. Individualisation du *partus ancillae* 68

CHAPITRE III

Origines de la théorie d'Ulpien

- § 9. — Théorie de Julien. La partie du fr. 31 § 4 D. s. m. 24,3 et les grands contingents d'esclaves chez les riches de la période impériale. *Familia*. *Familia servorum*. *Persona servi*. Notion de la *familia augenda* 91
- § 10. — Spécialisation des esclaves d'après les genres des services. *Familia rustica* et *familia urbana*. Critères quantitatif et qualitatif de la périodicité. Entrecroisement des considérations de la politique de législation civile et de l'éthique. Transposition du fr. 68. Théorie d'Ulpien en langage moderne 104

CHAPITRE IV

Les fragments de Papinien concernant la caractéristique générale du « *partus ancillae* » Historique de la règle par rapport à l'*universitas*

- § 11. — Vat. fr. 65. Son sens pratique. Signification logique de l'expression *sicut partus*, qui fait comprendre l'opinion de Papinien sur le dernier. Fr. 60 (58), § 4 D. ad. SClt. Trebel. Critères qualitatif et quantitatif des expressions *sicut partus* et *nec fetus* des passages cités à travers les phases de la construction juridique du *fructus*. Particularité de l'acception antique de ces phases 123
- § 12. — Historique de la règle par rapport à l'*universitas* (Droit classique).. .. . 134

CHAPITRE V

Fetus et partus dans le cas de la *furtivitas matris*

- § 13. — Distinction théorique des questions : 1° de la capacité du *fetus pecoris* et du *partus ancillae* à être usucapés selon les moments de la conception et de l'accouchement (*editio*) ; 2° de l'influence du rapport « *in fructu esse* » à partir du moment de l'*editio* (resp. *separatio* par rapport au *fetus pecoris* comme l'objet *in fructu*). Situation parallèle des *fetus* et *partus in utero*. *Anima* et *corpus* par rapport à la *furtivité*. La conception d'Ulpien, fr. 48, §§ 5, 6 D. 47,2 153

- § 14. — Coup d'œil sur quelques fragments traitant le problème de l'acquisition de partus de l'ancilla furtiva. Le caractère juridique byzantin dans le fr. 4 pr. D. 41,10 attribué à Pomponius. Passage de Jean Malalas (Livre XVIII. Chronographia). La théorie de justes titres. La théorie de Paul. Analyse du fr. 2 D. pro suo 41,10. Historique de la théorie 170

CHAPITRE VI

Domitius Ulpianus et Q. Septimius Florens Tertullianus

- § 15. — Le partus ancillæ furtivæ et l'action publicienne. La conception du problème par Ulpien (fr. 11 §§ 2-5 D. 6,2) .. 197
- § 16. — Ulpien et Tertullien. Le problème de l'identité de Tertullien théologien et de Tertullien jurisconsulte du Digeste. Analyse du style du passage des « Questiones ». La doctrine chrétienne de Tertullien influence la théorie d'Ulpien. 202
- § 17. — Ex ancilla fugitiva natus. Le sens de la règle du fr. 1. § 5. D. de fug. 11,4. Le trait synthétique de la période.. .. 219

DEUXIEME PARTIE

APERÇU SYNTHÉTIQUE DE L'HISTOIRE DU PROBLÈME DE BRUTUS A JUSTINIEN

CHAPITRE VII

Période préclassique

- § 18. — Sur la discussion de M. Junius Brutus avec Manilius Manilius et P. Scaevola. Sens primitif du mot « fructus ». Pecus et servus. Fragment de Gaius. Théorie de Manilius et Scaevola 223
- § 19. — Fructus et partus. Fragment de la lex agraria de l'an 110. Fragment d'inscription dite éloge de Turia (C. I. L. VI 1527) retrouvé à la via Portuensis en 1898.. .. . 230

CHAPITRE VIII

Période classique

- § 20. — Etat de choses à l'époque transitoire vers la période classique 241
- § 21. — L'esclave et le pécule. Epistula Divorum fratrum dans la doctrine d'Ulpien accuse le processus d'antinomie entre les règles de droit positif et l'interprétation de leurs conséquences dans le commerce juridique.. .. . 244

CHAPITRE IX

Période postclassique et temps de Justinien

§ 22. — Quelques observations sur la période postclassique..	255
§ 23. — Etude des interpolations du fr. 4 pr. D. 22. 1. Papinien lib. XXVII quaest. ; Fr. 8 eod. et Fr. Vat. 65 ; Justinien, § 37. J. De R. D. 2. 1.	262
CONCLUSION	267
BIBLIOGRAPHIE	275
TABLE DES SOURCES	281
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.. . . .	289

